

# REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXIII - N. 155 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2022 - ISSN 1982-1506



## Novos direitos e ativismo judicial

Juliana Guimarães Müller

Carolina Noura de Moraes Rêgo



## Microsociologia e macropolítica no positivismo criminológico: bases para uma reflexão à luz da criminologia crítica

Fábio Wellington Ataíde Alves

## Experimentalismo democrático e a tomada de decisão da maioria na Política de Aristóteles

Isaac Matheus Olivatto



## Descortinando o novo regime jurídico das execuções fiscais antieconômicas dos conselhos profissionais das brumas do regime anterior

Tiago Bologna Dias

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

# REVISTA

---

**Diretor da Revista**

Desembargador Federal Souza Ribeiro

---

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

|                                                   |           |            |        |          |                |
|---------------------------------------------------|-----------|------------|--------|----------|----------------|
| Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região | São Paulo | Ano XXXIII | n. 155 | p. 1-610 | Out./Dez. 2022 |
|---------------------------------------------------|-----------|------------|--------|----------|----------------|

## Expediente

**DIRETOR DA REVISTA:** Desembargador Federal Souza Ribeiro

**ASSESSORA:** Simone de Alcantara Savazzoni

**EQUIPE:**

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

**Capa:** Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

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

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Presidente<sup>(2)</sup>  
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004 - Vice-Presidente<sup>(3)</sup>  
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003 - Corregedor-Regional <sup>(4)</sup>  
     Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95  
     ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95  
     MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95  
     Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97  
     THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98  
     MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99  
     NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99  
     Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002  
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002  
     Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002  
     NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003  
     SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003  
     ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003  
     Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003  
     JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010  
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010  
     FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 <sup>(5)</sup>  
     PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012  
     NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013  
     MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013  
     TORU YAMAMOTO - 04/10/2013  
     MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013  
     Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013  
     DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013  
     MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014  
     GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014  
     HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014  
     WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016  
     NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016  
     VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016  
     CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016  
     INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018  
     José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020  
     LEILA PAIVA Morrison - 21/12/2021  
     VICTÓRIO GIUZIO Neto - 01/12/2022  
 HERBERT Cornélio Pieter DE BRUYN Júnior - 01/12/2022  
     ALI MAZLOUM - 01/12/2022  
     MARCELO VIEIRA de Campos - 01/12/2022

<sup>(1)</sup> Composição do TRF 3ª Região atualizada até 06/12/2022.

<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  
VALDECI DOS SANTOS - Presidente

### SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR  
COTRIM GUIMARÃES - Presidente  
CARLOS FRANCISCO

## SEGUNDA SEÇÃO

### TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente  
CARLOS MUTA  
CONSUELO YOSHIDA  
NELTON DOS SANTOS

### QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE  
MARLI FERREIRA - Presidente  
MÔNICA NOBRE  
MARCELO SARAIVA

### SEXTA TURMA:

MAIRAN MAIA  
JOHONSOM DI SALVO - Presidente  
SOUZA RIBEIRO  
RENATO BECHO - Juiz Federal

## TERCEIRA SEÇÃO

### SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO  
CARLOS DELGADO - Presidente  
INÊS VIRGÍNIA  
VICTÓRIO GIUZIO

### NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente  
GILBERTO JORDAN  
ALI MAZLOUM  
NILSON LOPES - Juiz Federal

### OITAVA TURMA:

THEREZINHA CAZERTA  
DAVID DANTAS - Presidente  
HERBERT DE BRUYN  
MARCELO VIEIRA

### DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente  
SÉRGIO NASCIMENTO  
NELSON PORFÍRIO  
LEILA PAIVA

## 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)  
BAPTISTA PEREIRA (12/03/2020 a 09/03/2022)

## Sumário

### ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

*Novos direitos e ativismo judicial*

Juliana Guimarães Müller

Carolina Noura de Moraes Rêgo..... 17

*Descortinando o novo regime jurídico das execuções fiscais antieconômicas dos conselhos profissionais das brumas do regime anterior*

Tiago Bologna Dias ..... 37

*Microsociologia e macropolítica no positivismo criminológico: bases para uma reflexão à luz da criminologia crítica*

Fábio Wellington Ataíde Alves..... 49

*Experimentalismo democrático e a tomada de decisão da maioria na Política de Aristóteles*

Isaac Matheus Olivatto ..... 59

### JURISPRUDÊNCIA

#### DIREITO ADMINISTRATIVO

*Desapropriação. Viracopos. Ampliação. Indenização. Laudo pericial judicial. Metodologia reconhecida. Valor da indenização contemporâneo à avaliação judicial. Levantamento da indenização. Possuidor. Necessidade do registro da promessa. ApCiv 0006426-70.2013.4.03.6105*

Desembargador Federal Hélio Nogueira ..... 79

*Responsabilidade civil do Estado. Ilegitimidade passiva. Rejeitada. Prescrição. Não ocorrência. DNIT. Acidente de veículo. Animal na pista. Conduta omissiva. Responsabilidade objetiva. Danos materiais. Seguradora. Direito de regresso. ApCiv 0011926-30.2016.4.03.6100*

Desembargador Federal Mairan Maia ..... 96

*Servidor público. PAD. Prova testemunhal. Indeferimento. Art. 168 Lei nº 8.112/90. Penalidade diversa. Motivação. Possibilidade.*

ApCiv 5018847-46.2018.4.03.6100

Desembargador Cotrim Guimarães..... 108

*Concurso público. Cotas raciais. Autodeclaração. Previsão no edital de posterior heteroidentificação baseado no fenótipo. Legalidade.*

ApCiv 5017541-90.2019.4.03.6105

Desembargadora Federal Mônica Nobre..... 115

*Programa "Aqui tem farmácia popular". Suspensão temporária do credenciamento. Ato discricionário do Ministério da Saúde. Inexistência de ilegalidade ou inconstitucionalidade.*

ApCiv 5002062-96.2020.4.03.6113

Desembargador Federal Johansom Di Salvo ..... 126

*Servidora militar da Marinha do Brasil. Pessoa transgênero. Direito ao uso de cabelos e uniforme nos moldes femininos. Inclusão do nome social da plaqueta de identificação. Direito à identidade de gênero. Precedente do STF. Indenização por danos morais.*

ApCiv 5000410-46.2021.4.03.6004

Desembargador Federal Valdeci Dos Santos..... 135

*Multa imposta por agência reguladora. Poder de polícia. Pagamento com desconto de 30%. Resolução ANTT nº 5.083/16. Necessidade de envio de termo de renúncia a recurso administrativo. Interpretação literal e restritiva da norma instituidora de benefícios.*

ApCiv 5000474-90.2021.4.03.6122

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida..... 144

*Simples nacional. Exclusão. Pagamento. Reinclusão. Possibilidade.*

AI 5002948-33.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Marcelo Saraiva ..... 148

## DIREITO CIVIL

*Propriedade industrial. INPI. Assistente litisconsorcial atípico. Cerceamento de defesa. Propriedade industrial. Marca. Registro sem ressalva de exclusividade.*

ApCiv 0003285-92.2012.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Francisco ..... 155

*Recurso Inominado Cível. Turma Recursal. Fraude em operações de cartão. Negligência do correntista. Parcial culpa da instituição financeira. Limitação diária PIX culpa concorrente. Inteligência do art. 945 do Código Civil.*

5001217-67.2021.4.03.6327

Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales..... 163

*Mandado de Segurança. Liminar. FIES. Residência médica em área definida como especialidade médica prioritária. Direito à prorrogação do prazo de carência do financiamento estudantil por todo o período de duração da residência médica. Lei nº 10.260/2001.*

AI 5005541-35.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Wilson Zauhy..... 171

## DIREITO CONSTITUCIONAL

*Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Gerente da Caixa Econômica Federal. Destacamentos. Prestação de contas. Uso indevido de veículo e passagens aéreas destinados a serviço. Lei nº 8.429/1992. Tese 1.199/STF. Sanções cabíveis. Dano moral coletivo.*

ApCiv 0002895-30.2014.4.03.6108

Desembargador Federal Carlos Muta ..... 177

## DIREITO PENAL

*Importação de medicamentos estrangeiros sem registro no órgão de vigilância competente. Inconstitucionalidade do preceito secundário. Repristinação da norma anterior. Crime de menor potencial ofensivo. Proposta de suspensão condicional do processo. Conversão em diligências.*

ApCrim 0002148-97.2012.4.03.6125

Desembargador Federal Fausto De Sanctis ..... 201

*Peculato. Funcionário público. Terceiro setor. Convênio. Exercício de atividade atípica do estado. Equiparação indevida. Fraude e uso de documentos falsos para desvio de recursos públicos. Conduta dolosa. Insuficiência de provas. Absolvção mantida.*

ApCrim 0000410-27.2013.4.03.6000

Desembargador Federal André Nekatschalow ..... 220

*Artigo 334-A, § 1º, inciso I, do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-lei nº 399/68. Extinção da punibilidade pela morte do agente. Desclassificação para o delito de favorecimento real. Desclassificação para o crime de descaminho. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Inabilitação para dirigir veículos.*

ApCrim 5001759-18.2020.4.03.6005

Desembargador Federal José Lunardelli ..... 252

*"Habeas Corpus". "Cannabis sativa". Uso terapêutico.*

RemNecCrim 5002779-30.2022.4.03.6181

Desembargador Federal Nino Toldo ..... 264

## DIREITO PREVIDENCIÁRIO

*Pensão por morte. Casamento. Separação de fato do casal antes da época do casamento. Habilitação do autor como dependente. Dependência econômica não comprovada. Impossibilidade. Suspensão do benefício. Estrito cumprimento de decisão judicial. Inexigibilidade de conduta diversa. Incompetência do juízo estadual. Não verificada.*

ApCiv 0006557-29.2011.4.03.6133

Desembargador Federal Carlos Delgado..... 279

*Juízo de retratação. Tema repetitivo nº 692/STJ. Devolução de valores recebidos a título de tutela posteriormente revogada.*

Ag ApCiv 0022970-91.2013.4.03.9999

Desembargadora Federal Inês Virgínia ..... 297

*Auxílio por incapacidade temporária. Incapacidade laboral. Requisitos preenchidos. Termo inicial.*

ApCiv 0000694-18.2016.4.03.6004

Desembargador Federal Daldice Santana ..... 299

*Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade rural. Regime de economia familiar não comprovado. Requisitos não preenchidos.*

ApCiv 5002708-61.2018.4.03.6183

Desembargador Federal Sérgio Nascimento ..... 305

*Juízo de retratação. Cumprimento de sentença. Implantação administrativa de benefício no curso da ação judicial. Opção pelo benefício mais vantajoso. Execução de atrasados. Viabilidade. Orientação do STJ em Recurso Repetitivo (Tema 1.018).*

AI 5011623-24.2018.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra ..... 308

*Salário maternidade. Concessão do benefício ao genitor. Possibilidade. Analogia.*

ApCiv 5869639-74.2019.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Denilson Branco..... 311

*Aposentadoria por tempo de serviço. Atividade especial. Revisão. Necessidade de realização de prova pericial. Anulação da sentença. Cerceamento de defesa.*

ApCiv 5891662-14.2019.4.03.9999

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta ..... 320

*Pensão por morte. Revisão. Alteração da RMI de benefício originário. Reflexos. Incidência de prescrição quinquenal.*

ApCiv 5009597-60.2020.4.03.6183

Desembargador Federal Toru Yamamoto ..... 336

*Benefício de auxílio por incapacidade temporária /aposentadoria por incapacidade permanente. Presença dos requisitos legais. Consectários.*

ApCiv 5010825-70.2020.4.03.6183

Desembargador Federal Gilberto Jordan ..... 340

*Pensão por morte. Óbito de genitor após a Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97. Filho maior e inválido. Incapacidade do beneficiário anterior ao óbito do instituidor. Dependência econômica demonstrada. Preenchimento dos requisitos legais. Cumulação de pensões. Possibilidade.*

ApCiv 5000025-02.2021.4.03.6133

Desembargador Federal Newton De Lucca ..... 347

*Auxílio-reclusão. Vínculo empregatício demonstrado. Qualidade de segurado comprovada. Segurado desempregado. Baixa renda configurada. Requisitos preenchidos. Benefício devido. Autoras absolutamente incapazes. Termo inicial mantido na data da prisão. Lei vigente à época do encarceramento. Pagamento devido também no período do regime semiaberto.*

ApCiv 5013355-13.2021.4.03.6183

Desembargador Federal Nelson Porfírio ..... 353

*Ação Rescisória. Benefício assistencial. Deficiência intelectual leve. Incapacidade não comprovada. Violação manifesta de norma jurídica. Não ocorrência.*

AR 5014645-85.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira ..... 361

*Ação Rescisória. Aposentadoria por tempo de contribuição. Violação de lei: não ocorrência na espécie. Períodos de auxílio-doença não intercalados com contributivos. Inviabilidade de cômputo para carência.*

AR 5026155-95.2021.4.03.0000

Desembargador Federal David Dantas ..... 368

*Seguro-desemprego. Pescador profissional artesanal. Período de defeso. Requisitos.*

ApCiv 5035791-27.2022.4.03.9999

Desembargadora Federal Leila Paiva ..... 379



DIREITO PROCESSUAL CIVIL

*Execução Fiscal. Juízo de retratação. Prescrição intercorrente para o redirecionamento. Verificação. REsp acórdão retratado e, de ofício, reconhecida a prescrição para incluir o responsável tributário.*

AI 0002198-92.2017.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete ..... 387

*Agravo interno contra decisão de sobrestamento de Recurso Especial. Tese apresentada a ser decidida como representativo de controvérsia. Juízo de admissibilidade não pode ser realizado de forma fracionada.*

Ag REsp ApCiv 5001244-64.2018.4.03.6130

Desembargador Federal Antonio Cedenho ..... 391

*Execução Fiscal. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. IRDR. Suspensão do IDPJ sem prejuízo da análise da questão nos autos da execução.*

AI 5014260-74.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Domingues ..... 394

*Cumprimento de sentença. Multa cominatória. INSS. Atraso no cumprimento de decisão judicial. Cabimento. Valor excessivo. Redução. Valor total. Limitação.*

AI 5007127-44.2021.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Nilson Lopes ..... 403

*Execução Fiscal. SISBAJUD. Penhora "on line". Reiteração programada. Possibilidade.*

AI 5000318-04.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Peixoto Junior ..... 407

*Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. Tutela antecipada antecedente. Remoção provisória de membro do MPF. Lesão à ordem jurídica. Caracterização. Embaraço ao regular procedimento de provimento do cargo público. Impedimento à reorganização do órgão público. Óbice ao cumprimento da Lei nº 14.290/2022. Pretensão de substituição do interesse público primário pelo interesse do agente público.*

SLS 5009692-44.2022.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos ..... 412

*Conflito negativo de competência. Juizado Especial Federal e Juízo Federal Comum. Anulação de ato administrativo. Multa aplicada no exercício do poder de polícia.*

CCCV 5011406-39.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Souza Ribeiro ..... 432

*Conflito Negativo de Competência. Vara Federal vs. JEF. Fase de cumprimento de julgado. Trespasse do valor da condenação ao importe da alçada do JEF. Ausência de repercussão competencial. Procedência.*

CCCV 5021070-94.2022.4.03.0000

Juíza Federal Convocada Mônica Bonavina ..... 435

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

*Revisão criminal. Roubo majorado. Concurso de crimes. Reconhecimento fotográfico realizado em desacordo com o artigo 226 do código de processo penal. Nulidade da prova. Ausência de provas independentes da autoria. Absolvição.*

RevCrim 5000120-98.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes ..... 445

*"Habeas Corpus". Contrabando. Liberdade provisória. Fiança. Isenção. Concessão da ordem.*

HCCrim 5027168-95.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Maurício Kato ..... 453

## DIREITO TRIBUTÁRIO

*Imposto de importação. Composição do valor aduaneiro. Inclusão das despesas de capatazia. Inexistência de inconstitucionalidade. Tema 1014 STJ. Tese firmada em julgamento de recurso repetitivo. Imediata aplicação. Tema 1014 STJ.*

Ag ApelRemNec 5005052-58.2018.4.03.6104

Desembargador Federal Nelton Dos Santos ..... 459

*Moeda estrangeira em espécie. Ingresso no território nacional. Exigibilidade de declaração ao Fisco. Retenção e perdimento de valores excedentes ao legalmente permitido. Legalidade. Lei 9.069/1995, Instrução Normativa RFB 1.385/2013 e Decreto 6.759/2009. Não caracterização de conduta a ensejar reparação pecuniária. Danos morais indevidos.*

ApCiv 5003823-13.2021.4.03.6119

Desembargadora Federal Marli Ferreira ..... 470

*Mandado de Segurança. Restituição do indébito. SELIC Incidentes sobre indébito tributário. Não incidência de IRPJ e CSLL. Tema 962/STF. Devolução de depósitos. Aplicação do entendimento do STJ. Necessidade de observação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.*

ApelRemNec 5004339-66.2021.4.03.6108

Desembargador Federal Nery Júnior ..... 481

## SENTENÇAS

*Ação Penal. Crime de falso testemunho. Depoimento falso na condição de testemunha, nos autos de reclamação trabalhista, como testemunha da reclamante.*

0000559-75.2018.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert ..... 493

*Embargos à Execução Fiscal. Seguro garantia. Afastamento de cobrança de tributos e acessórios. IRPJ/CSLL. Apuração do lucro real. Reversões de provisões indedutíveis. Amortizações de ágio pela aquisição de empresas.*

5017955-51.2019.4.03.6182

Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup ..... 501

*Ação Civil Pública Cível. Pedido liminar. Oferta irregular de curso de nível superior e pós-graduação. Nulidade de diplomas expedidos em parceria com os réus, excluídos aqueles validamente desenvolvidos exclusivamente pelas instituições de ensino em seu endereço de credenciamento. Reparação de danos materiais e morais sofridos pelos alunos lesados. Pagamento solidário de danos morais coletivos, em razão de publicidade enganosa e oferta de cursos irregulares e diplomas falsos.*

5000105-87.2020.4.03.6007

Juiz Federal Ney Gustavo Paes de Andrade ..... 542

*Inquérito policial. Delito de uso de documento falso, consistente em diploma escolar de graduação no curso de educação física e histórico escolar, para inscrição profissional no Conselho Regional de Educação Física da 4ª região. Acordo de não persecução penal. Abusividade. Controle judicial. Não homologação. Concessão de "habeas corpus" de ofício pelo Juízo.*

5004240-08.2020.4.03.6181

Juiz Federal Márcio Assad Guardia ..... 557

*Procedimento comum cível. Pedido de tutela de urgência. Desconstituição de ato administrativo de natureza punitiva (auto de infração e imposição de multa). Multa sobreveio de fiscalização na qual se constatou que cinco (05) televisores foram expostos na loja sem constar a etiqueta nacional de conservação de energia.*

5001191-75.2021.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite ..... 573

*Ação civil de improbidade administrativa. Processo de apuração de responsabilidade disciplinar e civil. Saque de quotas e rendimentos de PIS. Cargo de gerente.*

5003193-14.2021.4.03.6100

Juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques ..... 582

*Procedimento do Juizado Especial Cível. Tutela antecipada de urgência. Disponibilização do medicamento Purodiol (derivado do canabidiol). Menor impúbere. Síndrome de Aicardi-Goutières. Quadro de convulsões.*

5001395-24.2022.4.03.6313

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes ..... 587

*Mandado de Segurança Cível. Pleito de aplicação da alíquota zero para a CSLL, o IRPJ, a contribuição ao PIS e a Cofins, na forma prevista pelo art. 4º da Lei nº 14.148/2021.*

5005287-89.2022.4.03.6102

Juiz Federal Peter de Paula Pires ..... 594

## SÚMULAS

*Súmulas do TRF da 3ª Região .....599*

*Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região .....606*





## Artigos Doutrinários





## Novos direitos e ativismo judicial



### **Juliana Guimarães Müller**

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) e pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestranda em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Servidora Pública Federal. Assessora II no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.



### **Carolina Noura de Moraes Rêgo**

Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Assessora Jurídica no Ministério Público Federal. Coordenadora na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora nos Programas de Graduação, Mestrado e Doutorado (FADISP).

**RESUMO:** Este artigo busca, a partir de uma perspectiva histórica, analisar os fundamentos de aplicabilidade das normas e sua natureza ao longo do tempo, bem como a sua atual configuração face às mudanças sociais e aos novos direitos, a fim de verificar a resposta dada pelo ordenamento jurídico para tais fenômenos. Examina-se o caminho percorrido desde a doutrina jusnaturalista, para a qual o direito é uma ordem natural; com passagem pelos ideais positivistas com o fundamento da norma retirado sempre de outra norma hierarquicamente superior, consoante capitaneado por Kelsen; até as discussões hodiernas quanto à centralidade da Constituição nos ordenamentos jurídicos e a busca da efetividade dos direitos fundamentais nela assegurados. Discutem-se, ainda, os limites do neoconstitucionalismo na atividade de interpretação autêntica, a distinção entre princípios e regras, e a sedimentação da teoria da normatividade dos princípios jurídicos, entendidos como espécies normativas dotadas de substancialidade e aplicabilidade, bem como a postura ativa do Judiciário frente às lacunas e omissões legislativas estatais, com o escopo de refletir se é positiva ou negativa para a unidade do ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVES:** Teoria Geral do Direito. Novos direitos. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial.

**ABSTRACT:** This article seeks, from a historical perspective, to analyze the fundamentals of applicability of the norms and their nature over time, as well as their current configuration in the face of social changes and new rights, and the response given by the legal system to such phenomena. The path taken from the natural law doctrine is examined, for which law is a natural order, passing through positivist ideals and the basis of the norm always taken from another hierarchically superior norm, led by Kelsen, to today's discussions regarding centrality of the Constitution in the legal systems and the search for the effectiveness of the fundamental rights guaranteed therein. It also discusses the limits of neoconstitutionalism in the activity of authentic interpretation, the distinction between principles and rules and the sedimentation of the theory of normativity of legal principles, understood as normative species endowed with substantiality and applicability, as well as the posture action of the Judiciary in face of state legislative gaps and omissions and whether they are positive or negative for the unity of the legal system.

**KEYWORDS:** General Theory of law. New rights. Neoconstitutionalism. Judicial activism.

**SUMÁRIO:** 1 Considerações históricas. 2 O atual sistema de interpretação das normas. 3 Novos direitos e ativismo judicial: lacunas preenchidas ou espaços invadidos? 4 Considerações finais. Referências.

## 1 Considerações históricas

**N**ormas, em um sentido amplo e não técnico, passaram a existir quando a humanidade saiu do estado de natureza da era pré-social, na qual a única regra que vigorava era o poder da força e, para fazer cessar o estado de vida ameaçador, decidiu passar à sociedade civil por meio de um *contrato social*, com a renúncia à liberdade e a transferência a um terceiro – o soberano – do poder para criar e aplicar as leis<sup>1</sup>, a fim de garantir a segurança e evitar o caos social.

Com o advento do Estado, surgiram os regimes absolutistas, nos quais o poder repousava nas mãos do soberano. Toda essa concentração de poder despertou, ainda que de forma incipiente, mecanismos para promover o controle da atividade estatal. Os hebreus (entre 2000 a.C. e 930 a.C.), por exemplo, já viviam em um Estado teocrático limitado pela Torah<sup>2</sup>. Destacam-se, também, as experiências gregas, com a criação da política como forma de harmonizar as necessidades

1 CHAUÍ, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 220-223.

2 FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-da-teoria-constitucional-e-as-perspectivas-para-o-constitucionalismo-do-futuro/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

gerais e individuais, em prol da sobrevivência coletiva e harmônica, a partir da crença de que havia uma ordem jurídica natural para o convívio em sociedade.

Em suma, para que fosse de fato viabilizada a vida em comunidade, tornou-se necessário estabelecer um código de conduta baseado em uma espécie de padrão coletivo a ser seguido pelo indivíduo que, ao descumpri-lo, produziria uma reprovação daquela sociedade como reação ao violador.

Destarte, pode-se concluir que o Direito, enquanto ciência social, teve sua gênese a partir da vida em sociedade e da busca pela manutenção de uma ordem mínima, com base no poder dado ao soberano, legitimando-o a usar a força e a violência, se necessário, para cumprir o encargo de zelar pelo cumprimento das regras sociais de convivência estabelecidas. O Estado é, pois, um meio de organização social, que impõe coercitivamente um conjunto de normas com o fim de promover tal organização.

E qual era o fundamento de aplicabilidade de tais normas? Era o jusnaturalismo. De acordo com essa doutrina, há um direito natural, anterior ao conjunto de leis postas e aprovadas pelo Estado, composto de princípios absolutos e imutáveis, cuja existência é imanente à própria natureza humana, que não depende de lei para seu reconhecimento, nem de instrumentos de positivação para sua aplicabilidade. Portanto, deriva de uma ordem natural em que as leis jurídicas pertencem à natureza, ainda que possam ser materializadas nas leis do Estado. Esse primeiro estágio correspondeu ao jusnaturalismo clássico, cujos expoentes foram Sócrates, Platão e Aristóteles.

Na idade média, essa ordem natural deixou de ser o modo próprio de entendimento das coisas, substituída pela vontade divina e o Direito, expressão das leis positivadas pelo Estado com observância da ordem normativa superior divina, consoante as ideias de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho. Assim, configurou-se um jusnaturalismo teológico, que defendia a existência de direitos naturalmente adquiridos, inalienáveis e com caráter transcendental.

Posteriormente, com o jusnaturalismo moderno ou racionalista, a ordem natural foi encontrada na ordenação que o homem dava às coisas por meio da razão. Com isso, o Direito passou a ser visto como uma ordem racional, ou seja, o que a razão entende como justo, anterior às organizações político-sociais humanas, as quais apenas concretizavam e positivavam essas noções de justiça e Direito.

Essa concepção teve como expoentes Rousseau, Hobbes e Locke<sup>3</sup>, cujas ideias forneceram os pressupostos teóricos para a reafirmação do direito natural como fonte do Direito. Thomas Hobbes (1588-1679) afirmou que o ser humano é movido por paixões egoísticas e, como tal, prioriza apenas o próprio bem. Por isso, a necessidade do Estado para garantir o direito à vida e à segurança. John Locke (1632-1704) acrescentou a esses o direito de propriedade (que, em princípio, não era natural), ao sustentar que Deus instituiu, no momento da criação do mundo e do homem, o direito à propriedade privada como fruto legítimo do tra-

3 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 68. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

balho, de forma que o Estado deve proteger tudo que pertence ao indivíduo: seus bens materiais, sua vida e, em especial, a sua liberdade. Jean Jacques Rousseau (1712-1778) agregou aos direitos naturais o direito à igualdade, fruto do contexto social em que estava inserido, repleto de reivindicações da burguesia na busca da soberania do povo como baliza política<sup>4</sup>.

Por outro lado, a filosofia iluminista, em especial a de Immanuel Kant (1724-1804), ganhava força e difundia a ideia de que apenas pelas luzes da razão os humanos compreenderiam as coisas que estão ao seu redor, com autonomia de entendimento, por meio do abandono do teocentrismo e da vontade divina como centro da estruturação social<sup>5</sup>.

É nesse contexto que cresceram as agitações sociais fomentadas pela burguesia, que desejava o alcance e destaque político reservados apenas aos nobres e ao clero, apesar de sua grande capacidade econômica. Vieram, então, as revoluções liberais francesa (1789-1799) e americana (1775-1783), calcadas na ideia de liberdade dos cidadãos em relação ao autoritarismo do Estado, o que notabilizava a necessidade de previsão expressa acerca de quais eram os direitos de cada indivíduo, a fim de que fossem resguardados da atividade estatal arbitrária.

Por influência do liberalismo iluminista, surgiu a concepção do Estado mínimo, que passou a ter como função a proteção às garantias individuais com atuação limitada à defesa da ordem e da segurança pública, evidenciando que a garantia dos direitos civis de primeira dimensão demandava normas escritas que assegurassem o abstencionismo estatal e protegessem os cidadãos do Estado.

Naquele momento, logo após a revolução, a França atribuía a seu parlamento uma força maior que a da Constituição de 1791, sob a influência das ideias de Locke, para quem o Legislativo era o poder supremo, eis que detinha a competência para a elaboração de leis e, assim, determinar como seria utilizada a força da sociedade para a proteção de si e de seus membros, bem como porque a norma tinha gênese em processo político-eleitoral no qual os representantes do povo escolhiam os valores mais importantes para tutelar, imprimindo-os na lei escrita para que tivessem proteção jurídica e observância obrigatória, a fim de evitar a subjetividade da atividade dos juízes, antes oriundos do clero e da nobreza e que, por isso, gozavam da profunda desconfiança dos revolucionários liberais europeus.

Para eles, a lei era perfeita e, como tal, passível de aplicação cega pelos juízes, que eram considerados "a boca da lei", conforme Montesquieu, porquanto apenas a aplicavam de forma mecânica. Atribuía-se, assim, uma certa neutralidade ao Judiciário, suficiente para sustentar a desnecessidade de controle<sup>6</sup>. É o período conhecido como escola da exegese (1804-1880), cujo início do declínio é marcado pelas primeiras alterações do Código Civil Francês. Outros marcos da experiência liberal francesa foram o surgimento da teoria da separação dos poderes (Montesquieu) e a criação do sistema de freios e contrapesos para autolimitação do poder estatal.

4 *Ibidem*, p. 68-73

5 *Ibidem*, p. 21.

6 RÊGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 132.

Durante todo o período do constitucionalismo liberal, o jusnaturalismo continuava como o fundamento primeiro do Direito. Não obstante, a partir das ideias do positivismo lógico, cujo maior expoente foi Augusto Comte (1798-1857), ganhou força a pretensão de unificação das ciências e da rejeição da metafísica, partindo-se da afirmação de que é possível conhecer a organização da realidade a partir da compreensão de que o método científico válido seria o empírico, ou seja, aquele que observa a realidade para coleta e posterior análise de dados.

Por outro lado, na Alemanha, despontaram o historicismo e as teorias da interpretação, propostas por Savigny, no sentido de que o Direito seria produto da história social, fundamentado nos costumes de cada povo, e não na racionalização do legislador, pois este apenas traduziria em normas escritas o direito vivo. Para essa corrente, o Direito estaria fundamentado no espírito do povo (*Volksgeist*) e na preponderância da eficácia do costume reiterado, o que se constituiria como uma das bases do sistema de *common law*<sup>7</sup>.



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

No início do século XX, eclodiu a Primeira Guerra Mundial, evento de efeito devastador para o mundo e, em especial, para as nações europeias, que se viram em ruínas e com multidões sem condições mínimas de sobrevivência. Aumentavam, também, as desigualdades sociais em decorrência da primeira revolução industrial, que concentrou a renda nas mãos dos detentores dos meios de produção e fez surgir uma massa de proletários explorados em precárias condições de trabalho, sem que lhe fossem garantidos direitos, pois a norma jurídica estava voltada para o liberalismo econômico e primava pela não interferência do Estado nas relações jurídicas privadas. O panorama contribuiu para a criação de movimentos revolucionários para lutar contra a opressão, entre eles o que culminou com a revolução russa, além de outros.

Foi justamente a partir do levante do proletariado que o Estado Social começou a ser gestado, na tentativa de se afastar a possibilidade de uma ruptura violenta do contrato social outrora estabelecido, pois se percebeu que não bastavam os direitos de primeira geração, consubstanciados no imperativo da conduta

7 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 69-73. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

negativa do Estado (inviolabilidade da propriedade, da liberdade religiosa e de reunião, da liberdade de expressão, entre outros), mas que seria necessário garantir, também, o bem-estar social, a partir de uma atuação positiva do Estado em prol dos explorados para garantir direito ao trabalho, à saúde, à educação e ao lazer, entre outros – os chamados direitos de segunda dimensão –, já que de nada valeria a liberdade sem igualdade material.

Este o cenário que ensejou o denominado constitucionalismo social ou o Estado Social e, com ele, os direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão: os chamados direitos sociais ou coletivos, concretizados na Constituição Mexicana, de 1917, e na de Weimar, de 1919. A existência de leis escritas aliada à crescente importância do positivismo abriu caminho para as bases da doutrina kelseniana, na qual o Direito passou a ser o que é posto pelo Estado por lei, e não pelos valores morais.

Robusteceram-se as doutrinas positivistas jurídicas, nas vozes de Hans Kelsen, Herbert Hart e John Austin, que permearam a necessidade de afirmação do Direito como ciência. Surgiu, assim, a distinção entre Direito, entendido como o conjunto de normas que rege a conduta humana em sociedade, e a ciência do Direito, como ramo do conhecimento dotado de metodologia própria para descrever o direito como fenômeno social. O Direito passou a ser o objeto de estudo da ciência do Direito, cujas bases foram propostas na obra de Kelsen “Teoria Pura do Direito” (1934).

Hans Kelsen utilizou, para tanto, do método científico positivista de descrição da realidade que, aplicado ao Direito, revelou a existência do fato jurídico: fato que é retirado do mundo fenomênico (do plano do SER) e é transposto para a norma (o plano do DEVER-SER), descrita de forma pura, livre de valores e da influência de outras esferas do conhecimento (moral, ética, religião, etc.)<sup>8</sup>.

Registre-se que, historicamente, a realidade na qual Hans Kelsen está inserido é a introduzida pela separação de poderes pós-revolução francesa que, na Europa continental, traduzia-se em uma separação estrita, com cada poder exercendo as suas funções de forma bem delimitada, com a função de criar o direito como ato de vontade decorrente do exercício de poder estatal designado ao Poder Legislativo.

Como método, Kelsen propôs a descrição de uma estrutura formal do ordenamento jurídico: Direito, é, pois, uma questão preponderante de forma e não de conteúdo. A análise, então, concentrar-se-ia na validade das normas, produzidas com obediência a uma hierarquia e a um procedimento preestabelecido, com base na construção escalonada da ordem jurídica, consubstanciada na premissa de que a norma de hierarquia inferior retira o seu fundamento de validade de norma hierarquicamente superior – pirâmide normativa de Kelsen –, a partir de uma norma hipotética fundamental<sup>9</sup>.

8 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 12-16.

9 *Ibidem*, p. 135-143.



Diante dessa concepção, a pactuação contratual e as decisões judiciais, por sua vez, produzem normas individuais a partir da concretização do Direito aplicado ao caso concreto. Decerto, tais normas não são gerais nem abstratas, mas são normas no sentido de serem vinculantes para os sujeitos como direito subjetivo, que é aquele atribuído especificamente a uma pessoa no caso concreto como consequência da aplicação da lei. Assim, para Kelsen, o Poder Judiciário não pode produzir direito objetivo, como previsto abstratamente nas leis, na ordem jurídica.

Destarte, como pontua Julio Cesar Marcellino Junior à luz do positivismo jurídico, o Direito corresponde a “um conjunto de normas dispostas hierarquicamente com origem no monopólio estatal legislativo, devendo ser aplicado e interpretado por meio de recurso silogístico-dedutivo de subsunção do fato à norma”<sup>10</sup>.

Assim, o Direito enquanto ciência, chegava ao seu ápice: definitivamente desvinculado do jusnaturalismo, prevalecia a objetividade da análise legal e a garantia dos direitos de primeira e segunda dimensão. A questão que se colocou frente ao “purismo” dessa metodologia foi a legitimação de Estados com leis imorais ou antiéticas, em decorrência da separação entre moral e Direito. Em última instância, a interpretação positivista do Direito permitiu o avanço do Estado nazista alemão e o cumprimento cego de leis abjetas, mas válidas do ponto de vista formal, situação que levou à eclosão da Segunda Guerra Mundial.

Na década de 1950, com base no legado teórico de Hans Kelsen, Norberto Bobbio desenvolveu o positivismo jurídico crítico, porquanto considerava impossível compreender o Direito a partir da norma apenas, sem considerar o ordenamento jurídico ao qual ela pertence e a respectiva norma fundamental como marco fundante e garantidor de unidade e coerência de tal sistema.

Ao analisar a experiência normativa, Bobbio estabeleceu os critérios que permitiram definir a norma jurídica do ponto de vista da natureza formal, partindo da afirmação de que é uma proposição prescritiva que traz um imperativo hipotético (aquele que prescreve uma ação boa para atingir um fim) em seu conteúdo e um imperativo heterônomo (criado por instituição), que pode ser positivo (prescreve um fazer sob pena de invalidade do meio para o fim almejado) ou negativo (impõe um não fazer que, realizado, enseja a incidência de um conseqüente normativo, geralmente uma sanção jurídica como resposta institucionalizada à violação da norma, cuja execução caberá a pessoas previamente encarregadas de executá-la, para garantir por meio da heterotutela maior eficácia, bem como maior proporção entre o mal e a reparação)<sup>11</sup>.

Vê-se, pois, que o positivismo jurídico e a busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Posteriormente, contudo, a doutrina mundial consentiu com a ideia de que um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e que privilegiava a lei como uma estrutura meramente formal não podia mais ser sustentado. Iniciou-

10 MARCELLINO JR., Julio Cesar. Norma constitucional e pós-positivismo jurídico: o esquema regra-princípio. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 2, n. 1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 11 jun. 2021.

11 ZANON JR., Orlando Luiz. Positivismo jurídico de Bobbio. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22461>. Acesso em: 09 jun. 2021.

-se, aí, um processo de reaproximação entre Direito e moral, desencadeado pelas terríveis lições deixadas pela Segunda Grande Guerra<sup>12</sup>.

## 2 O atual sistema de interpretação das normas

A partir da sombria constatação de que a visão positivista-legalista do ordenamento jurídico ensejou espécie de legitimação de ordens jurídicas totalitárias, houve o florescimento de teorias fulcradas em outras formas de se entender o Direito, que não compactuam com o modelo subsuntivo de dedução lógico racional, as quais admitem que a tal completude do ordenamento jurídico afirmada por Bobbio descuidou da realidade das indeterminabilidades e incertezas do Direito, não como exceção<sup>13</sup>, e sim como regra, bem como da impossibilidade de ignorar as relações entre Direito, moral e política.

Surgiram, por conseguinte, as ideias pós-positivistas, decorrentes da compreensão de que a norma entendida como regra positiva válida é insuficiente para abranger a complexidade das relações jurídicas. Segundo Heletícia Leão de Oliveira, tal contexto proporciona que normas de elevado teor axiológico e mecanismos de jurisdição constitucional sejam incorporadas a diversas Constituições, de maneira a rechaçar a tese juspositivista da separação conceitual entre Direito e moral, assim como ressaltar a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, a partir da evidenciação da sua supremacia e dos valores nela consagrados<sup>14</sup>.

Desse modo, as bases do neoconstitucionalismo, movimento de transformação do Estado e do Direito, foram lançadas na Europa na segunda metade do século XX, de certa forma com amparo no julgamento ocorrido na cidade alemã de Nuremberg (1945-1949) que, a despeito da legalidade das ações perpetradas pelos nazistas à luz da compatibilidade com as normas do Estado Alemão, concluiu no sentido da condenação dos oficiais nazistas, considerados os valores essenciais da sociedade e a primazia do direito à vida.

Abraçar tal leitura moral do Direito, alterando a forma de sua interpretação e aplicação, exigiu uma reformulação da fundamentação de validade dos ordenamentos jurídicos, estabelecendo como ponto fulcral dos sistemas jurídico-políticos vigentes os princípios que protegem o homem e a sua dignidade como direitos primevos, criando uma nova dogmática de hermenêutica constitucional fundada na primazia dos direitos fundamentais<sup>15</sup>.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261-264.

13 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317. Segundo ele, os *hard cases* comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Quando as regras não são claras, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não inventar o direito. Nessa tarefa, devem ser utilizados os argumentos de princípio, a partir do sopesamento.

14 OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Teoria da norma jurídica no neoconstitucionalismo pós-positivista: uma concretização constitucional além do decisionismo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Porto Alegre, v. 10, n. 2, out. 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58740/35407>. Acesso em: 11 jun. 2021.

15 MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10-11.



É nesse cenário que Robert Alexy capitaneia a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais, vinculando-os à liberdade e à dignidade da pessoa humana, como valores históricos, culturais e filosóficos. Para ele, normas de direitos fundamentais compartilham de todos os problemas que se relacionam ao respectivo conceito<sup>16</sup>. Assim, no âmbito da construção de um paradigma interpretativo próprio do ordenamento jurídico a partir da teoria dos direitos fundamentais, os princípios passam a ser entendidos como cânones máximos da normatividade, com supremacia em relação às demais normas, porquanto condensam os valores que se configuram como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Com isso, inaugurou-se a hegemonia axiológico-normativa dos princípios para muito além da atividade integrativa do Direito<sup>17</sup>.

Nesse ponto, impende destacar que ambos, princípios e regras, são normas jurídicas, porquanto constituem fundamentos para juízos concretos do dever-ser. Todavia, pode-se dizer que exercem papéis distintos no sistema normativo. Segundo Humberto Ávila, a definição do que são princípios recebeu decisiva contribuição a partir dos estudos de Ronald Dworkin:

[...] as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca a validade<sup>18</sup>.

Com base nas conclusões de Dworkin, Alexy especificou ainda mais o conceito de princípios jurídicos, que considera como normas que devem ser cumpridas na maior medida possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas, como mandamentos de otimização. E vai além, ao estabelecer que, em caso de colisão, não há imediata prevalência de um sobre o outro, mas sim a ponderação entre eles, uma relação de preferência condicionada, a fim de que um prevaleça à luz das circunstâncias concretas<sup>19</sup>.

Não obstante as diferenças estabelecidas entre regras e princípios, hodiernamente prevalece a orientação de que o ordenamento jurídico é misto, formado

16 VIEIRA JR., Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. [S.l.], v. 87, n. 1, set. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/533/1210>. Acesso em: 16 jun. 2021.

17 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 59.

18 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 57.

19 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-94.

pelas regras e pelos princípios. E nem poderia ser diferente, porquanto, de acordo com Marçal Justen Filho:

[...] a existência da regra é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do Direito, pois ela traduz escolhas, valores e fatos sociais permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer de antemão a solução prestigiada pelo Direito. [...] a ampliação da influência dos princípios produz a redução da certeza do Direito, tal como aumentar a importância das regras poderá conduzir à cristalização da disciplina jurídica e sua inadequação para regular a vida social. É evidente que a aplicação das regras deve ser permeada pela influência dos princípios, mas não se pode eliminar a certeza, que é inerente à regra<sup>20</sup>.

Apesar de tal coexistência, cabe diferenciá-los, notadamente à guisa de determinar os critérios interpretativos para a aplicação da norma. De acordo com o magistério de Humberto Ávila, os critérios usualmente empregados para a referida distinção são os seguintes:

a) critério do caráter hipotético-condicional: fundamenta-se no fato de que as regras têm uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, aplicadas ao modo “se – então”, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser futuramente utilizado pelo aplicador no caso concreto;

b) critério do modo final de aplicação: as regras são aplicadas no modelo “tudo ou nada”, ao passo que os princípios podem ser gradualmente aplicados;

c) critério do relacionamento normativo: fundamentado na ideia de que a antinomia entre regras consubstancia conflito solucionável com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção, diferentemente dos princípios, que podem coexistir mediante ponderação, que define qual prevalecerá no caso concreto a partir de sua respectiva dimensão;

d) critério do fundamento axiológico: os princípios, ao contrário das regras, constituem fundamentos axiológicos para fundamentar a decisão a ser tomada<sup>21</sup>.

Há quem entenda diferente, no sentido de que “nada distingue os princípios das regras de direito. Regra é gênero do qual são espécies os princípios explícitos e implícitos e as regras estrito senso”<sup>22</sup>. Como explica Eros Roberto Grau, serão explícitos os princípios de um determinado direito positivo expressamente afirmados como tais, no texto legal ou da Constituição, ao passo que serão implícitos os que resultem da interpretação de um ou mais preceitos, constitucionais ou legais.

Interessante ponderação é feita por Humberto Ávila, no sentido de que regras e princípios devem ser aplicados a fim de que realizem totalmente o seu conteúdo dever-ser, distinguindo-se quanto à determinação da prescrição de conduta que

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

21 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 59-60

22 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação de direito e os princípios*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 106.

resulta da sua interpretação: princípios não a estipulam diretamente, mas apenas estabelecem fins normativamente relevantes, ao passo que, nas regras, o comportamento está frontalmente previsto pela norma, o que enseja graus diversos de dependência de um ato institucional para a sua concretização<sup>23</sup>.

Uma das questões que marcam a diferenciação entre regras e princípios é a que trata da utilização da ponderação como para solucionar conflitos normativos. Ana Paula de Barcellos a define como “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”<sup>24</sup>.

Segundo Luís Roberto Barroso, é possível pensar a ponderação em três etapas:

- [...] a) Identificação das normas pertinentes e do eventual conflito;
- b) Exame dos fatos, das circunstâncias concretas e da respectiva interação com os elementos normativos;
- c) Decisão – apuração dos pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e do grupo de normas que deve preponderar no caso. Sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada (atribuição geral de pesos com a produção de uma conclusão). Todo esse processo intelectual tem como parâmetro o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade<sup>25</sup>.

De qualquer forma, como afirma José Sérgio da Silva Cristóvam, “o neoconstitucionalismo possibilitou a sedimentação da teoria da normatividade dos princípios jurídicos”<sup>26</sup>, entendidos como espécies normativas dotadas de substancialidade e aplicabilidade. No mesmo sentido, pontua referido autor que:

- [...] a consolidação da ideia de normatividade dos princípios jurídicos se converte em elemento significativo para uma segura e salutar transposição da teoria formal-positivista, avançando-se para o estabelecimento de uma teoria material da Constituição e dos princípios constitucionais<sup>27</sup>.

Permite-se, portanto, reconhecer a centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e o fortalecimento da “defesa da efetividade dos direitos fundamentais sociais e de controle judicial das políticas públicas”, à luz do entendimento de que o Direito Constitucional “é a fonte maior de legitimação de todo o Direito na medida em que funciona como a pedra angular de toda a ordem jurídica”<sup>28</sup>.

23 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 215, 1999, p. 151-179.

24 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 361-363.

26 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. *Revista da ESMESC*. Santa Catarina: 2012, v. 19, n. 25, p. 123.

27 *Ibidem*, p. 124.

28 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 42-46.



Fonte: <http://genjuridico.com.br/>

### **3 Novos direitos e ativismo judicial: lacunas preenchidas ou espaços invadidos?**

A evolução humana ao longo do tempo e as mudanças vivenciadas pelas sociedades alteraram e continuam alterando diversos paradigmas em muitas áreas do conhecimento e da vida, de forma que não podia ser diferente com o Direito.

Os processos de lutas sociais, as transformações tecnológicas e científicas, o surgimento de “práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas)” modificaram as relações e os conflitos delas decorrentes, de forma a apresentar novas questões ao mundo jurídico decorrentes de “novos direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo, difuso e metaindividual”, que demandam “pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir a sua tutela jurisdicional”<sup>29</sup>.

A contextualização histórica anteriormente narrada dá uma ideia de como surgiram e foram evoluindo os direitos em suas dimensões, principalmente primeira e segunda. Atualmente, fala-se de direitos de quinta dimensão, relacionados às tecnologias da informação (*internet*), passando pelos de terceira e quarta geração, respectivamente relacionados aos direitos coletivos e difusos, bem como os de bioética e biotecnologia.

São, de fato, as transformações sociais que, inexoravelmente, trazem “novos bens, novos sujeitos, novos *status* que exigem, e continuarão exigindo, novos direitos”, como afirmam Caio Rogério da Costa Brandão e outros, ao citarem Norberto Bobbio:

[...] sob a perspectiva sociológica, a multiplicação ou proliferação de direitos, ocorre por três razões: o aumento da quantidade de bens que passam a ser

29 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

considerados merecedores de proteção e reconhecimento; a ampliação da titularidade de direitos típicos a novos sujeitos de direitos; e a nova significância dada ao ser humano, não mais sendo visto como um ser abstrato (ente genérico), mas sim como um ser concreto, específico, o que geraria a ampliando de seu "status" individual<sup>30</sup>.

A grande questão que se coloca é que situações inovadoras também demandam tutelas jurisdicionais diversas, razão pela qual há discussões no sentido da instrumentalização das ações constitucionais por meio do chamado direito processual constitucional. Essa não é, contudo, a abordagem que se pretende neste estudo. Há que se perquirir se o Judiciário tem conseguido encontrar soluções a partir do arcabouço jurídico já existente e se os caminhos trilhados observam os limites hermenêuticos postos.

Consoante discutido até o momento, atualmente, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual "ao invés de uma teoria de fontes do Direito focada no código e na lei formal, ele ressalta a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, a ubiquidade de sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência"<sup>31</sup>. Como visto, estatizado o poder de decisão na figura da jurisdição, seu exercício em tempos pós-modernos dá-se de forma ativa, embora isso não signifique a admissão de arbitrariedades e discricionariedades exacerbadas.

Nesse contexto, Eduardo Arruda Alvim e outros descrevem a figura do ativismo judicial:

[...] que se caracteriza a partir da atuação ativa do magistrado, buscando, por meio de sua condução processual, realizar a jurisdição de forma efetiva e comprometida com a realização das políticas públicas. O ativismo judicial é caracterizado pela postura mais ativa do Poder Judiciário, que busca, diante da falta de legislação adequada para determinado caso, criar soluções para a implementação, sobretudo, de políticas públicas<sup>32</sup>.

Antes de mais nada, relembre-se que a principal função do Judiciário é aplicar o Direito dentro dos limites do ordenamento jurídico, utilizando-se das técnicas de interpretação disponíveis para construir o sentido previamente existente nos dispositivos, observados os traços mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem e construídos na comunidade dos discursos, como bem pontua Humberto Ávila:

[...] norma não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que

30 BRANDÃO, Caio Rogério da Costa; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 20-35, jan./jun. 2020.

31 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 120.

32 ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Krüger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. [...] Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto<sup>33</sup>.

E cabe ao intérprete autêntico, nas palavras de Eros Roberto Grau, criar as normas, no plano do discurso do Direito<sup>34</sup>. E quais seriam os seus limites? É o próprio jurista quem esclarece:

[...] O juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, não produz normas livremente. [...] ao intérprete autêntico não está atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, juízos de legalidade – atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e pelos fatos<sup>35</sup>.

Destarte, entendido o ativismo judicial como postura derivada da evolução quanto à efetividade dos direitos fundamentais, no sentido de suprir lacunas para a provisão de prestações sociais, plausível a sua legitimidade, uma vez que a ação ou omissão por parte de qualquer agente estatal em detrimento da realização de tais direitos corresponde, na verdade, à sua violação, de forma a reclamar ações perante o Poder Judiciário, sejam de natureza individual ou coletiva<sup>36</sup>.

Alguns defendem, contudo, tratar-se de desvirtuação das funções precípua do Judiciário, na medida em que as decisões judiciais substituiriam atos políticos criadores de políticas públicas, no lugar da lei. Mas o principal argumento favorável ao controle judicial em direitos fundamentais ainda é o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988, vez que o constituinte antecipadamente legitimou o Judiciário para se manifestar em quaisquer situações que desrespeitem direitos fundamentais. Não há e nem poderia haver bloqueios, portanto, à atuação de magistrados na garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais, inclusive no reconhecimento de novos direitos, especialmente pelo constante no § 2º do artigo 5º da Carta Magna<sup>37</sup>.

Tampouco haveria mácula ao princípio da separação dos poderes, pois a leitura da separação não é estrita, mas sim harmônica, numa autêntica interdependência entre os poderes, como defende Eros Roberto Grau, e carece talvez de uma releitura, consoante pondera Carolina Noura de Moraes<sup>38</sup>. A ideia é reforçada por Humberto Ávila, para quem

33 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 50-51.

34 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação de direito e os princípios*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 49 e 101.

35 *Ibidem*, p. 91-92.

36 BRANDÃO, Caio Rogério da Costa; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Evento Virtual, v. 6, n. 1, jan./jun. 2020, p. 26.

37 *Ibidem*, p. 28.

38 RÊGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 137-142.



[...] a tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal e a plena realização do princípio democrático<sup>39</sup>.

O cuidado que se deve tomar é que a interferência judicial não pode ser vinculada a um mero ato de vontade do julgador, como explicam Lenio Luiz Streck e outros:

[...] Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo conduto, para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento<sup>40</sup>.

Consoante retromencionado, em um sistema jurídico desvinculado do positivismo estrito, a solução do caso concreto observará as regras vigentes e deve considerar argumentos principiológicos postos no ordenamento jurídico. Caso contrário, configurar-se-á o “decisionismo”, expressão que vem sendo utilizada para referência a decisões pautadas por parâmetros pessoais, desprovidos de normatividade, legitimidade ou previsibilidade. O decisionismo jurídico, contra o formalismo normativista, sustenta um conceito político de lei, segundo o qual as normas são sempre fruto de uma decisão do soberano (o monarca ou o povo), que expressa uma vontade política legítima<sup>41</sup>. Essa parece ser a perspectiva a ser combatida.

Nesse sentido, a teoria da argumentação jurídica, de Alexy, pode ser adotada como forma de combater os excessos da dogmática principiológica constitucional, com a intenção de minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito, a partir da demonstração da possibilidade e da validade da fundamentação racional do discurso jurídico<sup>42</sup>. A ideia é evidenciar o caminho percorrido para a tomada de decisão, a fim de demonstrar que o resultado alcançado é o mais adequado à ordem jurídica e às peculiaridades do caso. Nesse contexto, a fundamentação das decisões judiciais deixa de ser apenas requisito de validade para figurar, também, como pressuposto de legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.

39 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 226.

40 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61.

41 ARRUDA, José Maria. Carl Schmitt: política, estado e direito. In: OLIVEIRA, Manfredo et al (Org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 56-86.

42 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Trad. Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 181-217 e 272.



Com esse propósito, Luís Roberto Barroso<sup>43</sup> aponta três parâmetros para informar a argumentação jurídica: a) a necessidade de fundamentação com elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão, pois não bastam o senso comum e o sentido pessoal de justiça; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema (unidade, continuidade e coerência da ordem jurídica); c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão, visto que o juiz não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, a vida das instituições, do Estado e das pessoas.

Entretanto, não se olvida que a grande procura pelo Poder Judiciário para a solução dos mais diversos conflitos, incluídos os estruturais, cuja nomenclatura tem sido difundida como judicialização, não depende do desejo do órgão judicante, mas configura-se como uma questão social, um fenômeno

[...] derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade – características das sociedades de massas<sup>44</sup>.

É irrefutável que as mudanças paradigmáticas em andamento em todas as áreas do conhecimento, muitas vezes impulsionadas pelos avanços tecnológicos, estão a exigir do Direito a rediscussão de seus pressupostos, a fim de que possa desempenhar de forma efetiva o papel de fornecer as regras orientadoras das condutas em sociedade.

Nessa acepção, Wolkmer é categórico ao dizer que é preciso ter claro que a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente “novos direitos” de natureza individual, social e metaindividual. O surgimento de novos modos de viver, de produzir, de se relacionar, de se organizar em coletividades, de pensar a política e a religião, a cultura e as relações com a natureza, a ciência e a bioética podem determinar interesses que transcendem os limites conhecidos e as possibilidades do sistema, ensejando situações de necessidade, carência e exclusão<sup>45</sup>.

Ocorre que às novas demandas devem ser vinculados os procedimentos técnico-formais necessários à sua efetivação. Por isso, imprescindível a flexibilização do sistema para seu equilíbrio e sua harmonia, bem como para o desempenho dinâmico de sua função de preservação do modo de produção social, sem perder de vista a unicidade do ordenamento jurídico e seus valores essenciais. Como bem pontua Wilson Engelmann, atualmente, este é o desafio do Direito, como uma das ciências responsáveis pela avaliação e regulação dos impactos deste momento

43 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 369-371.

44 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 56.

45 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34-37.

histórico. Percebê-los, aceitá-los e buscar soluções serão as alternativas necessárias para a sobrevivência do Direito como área do conhecimento<sup>46</sup>.



Fonte: [www.defensoriapublica.pr.def.br](http://www.defensoriapublica.pr.def.br)

#### 4 Considerações finais

O Direito, que nasceu junto com o advento da sociedade, com ela vem atravessando mudanças e enfrentando questionamentos ao longo dos séculos. Imbuído de função nada simples, que é permitir o mínimo de ordem na convivência social, vê-se diante de desafios trazidos pelos novos tempos. Se antes o direito natural fundamentava toda e qualquer aplicabilidade da lei, bem como sua interpretação, em dado momento foi a norma fundamental hipotética que embasava toda e qualquer lei, com a observância da hierarquia escalonada e a divisão entre justiça, moral e direito. No entanto, tal divisão não se sustentou, e sofreu um duro golpe com as agruras causadas pelo Estado nazista. Foi necessário repensar os caminhos para afirmar o que nunca deveria ter sido deixado em segundo plano: são os direitos fundamentais e a sua efetivação que devem fundamentar o Direito e aplicabilidade das leis.

Decerto, o Direito não existe sem o homem, é para o homem, portanto, é na proteção à dignidade da pessoa humana que devem repousar todos os fundamentos do ordenamento jurídico. Assim, a via hodiernamente utilizada para a respectiva efetivação de tal valor e do acolhimento dos novos direitos face às velhas estruturas deve evoluir, pois, apesar de necessária a atuação ativa do Poder Judiciário para a concretização dos direitos, não se pode perder de vista as finalidades do Estado Democrático de Direito e seu sistema axiológico, em contraposição às ideias juspositivistas clássicas do modelo legal subsuntivo.

46 ENGELMANN, Wilson. O direito em face das nanotecnologias: novos desafios para a teoria jurídica no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 455.

Irrefutável que o ativismo judicial, se não for utilizado como mera concretização da vontade do julgador, pode ser de grande valia para esse momento de transição que vive o atual Direito. Para tanto, a teoria da argumentação jurídica se revela como um dos caminhos para coibir excessos, na medida em que fundamenta a legitimidade das decisões judiciais, que devem ser traçadas dentro dos limites do ordenamento jurídico, tendo sempre por norte a Constituição e os valores nela consagrados.

O que não se pode permitir é que, por não saber o que fazer, não se faça nada; pois a norma é construída dia a dia, da interpretação e da observância da realidade, a partir da qual serão concebidos os significados que melhor atenderão às finalidades do Estado Democrático de Direito.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Trad. Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Krüger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARRUDA, José Maria. Carl Schmitt: política, estado e direito. In: OLIVEIRA, Manfredo et al (Org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 56-86.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 215, 1999, p. 151-179.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 20-35, jan./jun. 2020.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

CHAUÍ, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. *Revista da ESMESC*. Santa Catarina: 2012, v. 19, n. 25.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELMANN, Wilson. O direito em face das nanotecnologias: novos desafios para a teoria jurídica no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17-50.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro. *Revista Âmbito Jurídico*. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-da-teoria-constitucional-e-as-perspectivas-para-o-constitucionalismo-do-futuro/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação de direito e os princípios*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. Norma constitucional e pós-positivismo jurídico: o esquema regra-princípio. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 2, n. 1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 11 jun. 2021.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Teoria da norma jurídica no neoconstitucionalismo pós-positivista: uma concretização constitucional além do decisionismo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Porto Alegre, v. 10, n. 2, out. 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58740/35407>. Acesso em: 11 jun. 2021.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61.

VIEIRA JR., Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. [S.l.], v. 87, n. 1, set. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/533/1210>. Acesso em: 16 jun. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17-50.

ZANON JR., Orlando Luiz. Positivismo jurídico de Bobbio. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22461>. Acesso em: 09 jun. 2021.

# **Descortinando o novo regime jurídico das execuções fiscais antieconômicas dos conselhos profissionais das brumas do regime anterior**



## **Tiago Bologna Dias**

Juiz Federal. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Advogado da Petrobras Distribuidora S/A. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Graduado pela Universidade de São Paulo – USP.

**RESUMO:** Trata-se de artigo que propõe, a partir da análise da evolução do regime jurídico das execuções fiscais antieconômicas dos conselhos profissionais, à luz das radicais alterações promovidas pela Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, um debate sobre os inúmeros pontos controvertidos que se apresentam em sua aplicação, sugerindo soluções a compor uma interpretação histórica, sistemática e teleológica, de forma a lhe conferir concreta efetividade no sentido de sua finalidade jurídica e econômica, bem como prestigiar os princípios constitucionais da isonomia entre os conselhos profissionais, eficiência e razoável duração dos processos.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Texto legal. 3 Natureza dos créditos alcançados. 4 Parâmetro econômico. 5 Aplicação para processos novos. 6 Aplicação para processos em andamento. 7 Conclusão.



## 1 Introdução

O artigo 8º da Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011, ao estabelecer que “os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”, introduziu no ordenamento o regime jurídico aplicável de forma a obstar o ajuizamento de execuções fiscais de pequeno valor, antieconômicas, em face dos custos financeiros e ônus estruturais mínimos exigidos ao longo da tramitação de um processo de execução fiscal, para os exequentes qualificados como conselhos profissionais.

Ao longo de todos os anos de sua vigência, consolidou-se a jurisprudência a respeito dos critérios para sua aplicação de forma individual e concreta, cujo norte fundamental é a tese repetitiva nº 696 do STJ, segundo a qual “é inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 às execuções propostas antes de sua entrada em vigor”, bem como seus resultados concretos na praxe forense e na gestão do acervo de processos de execução fiscal, que se mostraram extremamente tímidos em cotejo com sua notória finalidade.

Decerto o dispositivo legal obstou sim o ajuizamento de *novas* execuções fiscais de *anuidades* cobradas por tais entidades, desde que o valor da causa não superasse o valor de quatro delas, o que decorre de sua literalidade, que efetivamente não deu margem à sua aplicação a fatos pretéritos, vale dizer, a execuções fiscais *já ajuizadas* quando de sua entrada em vigor, como cristalizado na referida tese repetitiva, a que não se tem nenhuma crítica.

Ocorre que isso deixa ao largo de seu alcance um sem número de execuções fiscais notoriamente antieconômicas, em face dos custos financeiros e ônus estruturais que pretendia neutralizar, tais como:

a) execuções *de qualquer valor* de outros créditos de conselhos profissionais, passíveis de inscrição em sua dívida ativa, tais como multas por violação ética ou técnico profissional e outros créditos definidos em lei especial, como lhes faculta o artigo 4º da mesma lei, muitas vezes em valores inferiores aos das anuidades;

b) execuções de mais de quatro anuidades, conforme os valores *efetivamente cobrados* por cada Conselho, sem tomar em consideração *qual é objetivamente este valor*, levando a processos judiciais para a cobrança de valores notoriamente irrisórios ou incompatíveis com os custos objetivos que envolvem uma execução fiscal ao longo de sua tramitação, além da quebra de isonomia, ao permitir a alguns conselhos o ajuizamento de execuções fiscais de quatro anuidades suas, mas que não chegam ao valor de uma única anuidade de outros, estes obstados da cobrança judicial, sendo certo que as execuções de todos os conselhos têm o mesmo custo;

c) o prosseguimento da tramitação de execuções fiscais ajuizadas antes de sua entrada em vigor, qualquer que seja seu valor atualizado, sendo certo que os custos financeiros e ônus estruturais destes processos vai muito além aos do momento de sua propositura (senão este é o momento de menor custo).



Assim, o que logo se revelou é que sua finalidade não foi alcançada, mais por insuficiência do regime instituído pelo referido artigo 8º que por qualquer outra razão.

Dado o quadro, sobreveio a Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, que, muito além da alteração que *prima facie* salta aos olhos – mudança de quatro para cinco vezes o parâmetro econômico –, promoveu *marcantes* alterações em *absolutamente todos* os aspectos do regime jurídico relativo ao problema das execuções antieconômicas desta categoria de exequentes fiscais, assim enfrentando adequadamente todos os pontos acima citados.

Todavia, muito embora a alteração legal em comento seja muito recente, com jurisprudência ainda em franca formação mesmo no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, nota-se de saída já inúmeros pontos de controvérsia e divergência, que reputo devidos essencialmente à leitura da nova lei à luz da jurisprudência e práticas firmadas sob a *redação original* do referido artigo 8º, da qual, contudo, *nada* mais resta, passando a responsabilidade por sua efetividade das mãos do legislador para as de seu aplicador.

Essa é, ao menos, com todas as vênias aos entendimentos em contrário, a interpretação que proponho a seguir, sem pretensão de esgotar a questão, senão de trazê-la para exame e discussão, até porque a lei em tela é muito recente, carente de estudo e aplicação, além do fato relevante de, no mais das vezes, ser aplicada em primeiro grau em processos nos quais o executado sequer veio a integrar a relação processual, sequer foi citado, portanto, o debate recursal se dá apenas a partir da perspectiva dos conselhos.

Posto isso, passo a tratar de todos os aspectos que reputo relevantes acerca do novo regime jurídico, em cotejo com o anterior, ponto a ponto.

## 2 Texto legal

Antes da Lei nº 14.195/2021, a questão era tratada inteira e unicamente pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, em sua redação original, acima transcrito, que, no mais, teve sua aplicação individual e concreta norteadas pela jurisprudência.

A nova lei, por seu turno, assim dispôs a esse respeito:

Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas, de quaisquer das origens previstas no art. 4º desta Lei, com valor total inferior a 5 (cinco) vezes o constante do inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não obsta ou limita a realização de medidas administrativas de cobrança, tais como a notificação extrajudicial, a inclusão em cadastros de inadimplentes e o protesto de certidões de dívida ativa. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

§ 2º Os executivos fiscais de valor inferior ao previsto no *caput* deste artigo serão arquivados, sem baixa na distribuição das execuções fiscais, sem prejuízo do disposto no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

Relevante notar que a nova lei não só alterou a redação original do *caput* do artigo 8º, mas a complementou com dois parágrafos inéditos.

Passemos à análise do *caput*.

**CREA-SP**

Conselho Regional de Engenharia  
e Agronomia de São Paulo

Fonte: <http://saeacajamar.org/>

### 3 Natureza dos créditos alcançados

Na redação original, deveriam ser consideradas apenas “dívidas referentes a anuidades”. Créditos de qualquer outra natureza poderiam ser ajuizados livremente, sem qualquer limite de valor.

Agora, devem ser consideradas “dívidas, de quaisquer das origens previstas no art. 4º desta Lei”, o qual se refere a:

Art. 4º. Os Conselhos cobrarão:

I - multas por violação da ética, conforme disposto na legislação;

II - anuidades; e

III - outras obrigações definidas em lei especial.

A rigor, quaisquer créditos passíveis de inscrição em dívida ativa pelos conselhos profissionais, assim obstando a pendência de execuções fiscais antieconômicas que tramitavam apenas por não dizerem respeito a anuidades, muito embora igualmente incompatíveis com os custos objetivos que envolvem uma execução fiscal ao longo de sua tramitação.

### 4 Parâmetro econômico

Como já exposto, a alteração legal vai muito além da patente mudança de quatro para cinco vezes o parâmetro econômico, *mudou-se este parâmetro em si*.

Com efeito, na redação original o parâmetro era o *valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente*.

Assim, o parâmetro objetivo variava conforme a *anuidade efetivamente cobrada por cada Conselho*, não havendo nenhum limite compatível com o custo

objetivo de tramitação de uma execução fiscal, que é em média o mesmo, não importa o exequente, o que por si só *dissociava o dispositivo de sua finalidade*, além de *tratar desigualmente os conselhos*, entidades de mesma natureza jurídica e atribuições semelhantes, por abrir a via judicial àqueles que cobravam anuidades menores e vedá-la aos que cobravam anuidades maiores, quando, a rigor, *deveria ser exatamente o inverso*. Isto é, quem ajuizava execuções de mais de quatro anuidades, mas que objetivamente não justificavam os custos do processo, tinha a via judicial franqueada, enquanto outros com execuções de menos de quatro anuidades, mas que já justificavam objetivamente os custos do processo, tinham esta via obstada.

A resolver estes problemas, a nova lei estabeleceu um parâmetro objetivo, *não mais* o valor da anuidade cobrada: “o constante do inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º”, ou seja:

Art. 6º. As anuidades cobradas pelo conselho serão no valor de:

I - para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

[...]

§ 1º Os valores das anuidades serão reajustados de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou pelo índice oficial que venha a substituí-lo.

A lei é clara e objetiva, não dando margem a dúvidas, o parâmetro *não é a anuidade* efetivamente cobrada pelo conselho, mas sim o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), atualizado pelo INPC, ou índice oficial que venha a substituí-lo, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.154/2011, quando instituído o referido artigo 6º, I, e § 1º, que se mantêm em sua redação original.

Numa análise *prima facie*, pode parecer que é a mesma coisa, pois os referidos dispositivos são o parâmetro legal, exatamente, do valor da anuidade.

Ocorre que, na prática, não é bem assim, o artigo 6º, I, e seu § 1º não definem o valor estrito da anuidade, mas sim *seu limite máximo*.

Não por outra razão, o § 2º do mesmo artigo 6º, dispõe que “o valor exato da anuidade, o desconto para profissionais recém-inscritos, os critérios de isenção para profissionais, as regras de recuperação de créditos, as regras de parcelamento, garantido o mínimo de 5 (cinco) vezes, e a concessão de descontos para pagamento antecipado ou à vista, serão estabelecidos pelos respectivos conselhos federais”, ou seja, os conselhos podem exigir anuidades em valor menor que o dos incisos do artigo 6º, o que nada mais é que uma isenção parcial, e *efetivamente o fazem na prática*.

Portanto, resta claro que o valor da anuidade efetivamente cobrada, na prática, e por força do referido § 2º, não se confunde com “o constante do inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º”.

Releva notar que a nova redação do *caput* do artigo 8º *não faz referência ao § 2º do artigo 6º*, vale dizer, a contrário senso, para fins de fixação do limite antieconômico para ajuizamento e tramitação de execuções fiscais, *pouco impor-*

ta qual é o valor efetivamente cobrado, se, em face do limite legal máximo, há isenção parcial. Se houver, esta deve ser *ignorada*.

Mais, o referido inciso I fixa o valor do limite legal máximo *para profissionais de nível superior*. Há limites diferentes para profissionais de nível técnico; e para pessoas jurídicas, conforme o capital social, incisos II e III do artigo 6º. Ora, se a nova redação do artigo 8º se importasse com a anuidade efetivamente cobrada, por certo teria levado em conta a variação conforme a natureza do executado, como *era* na redação original, *o que não fez*.

Assim, parece que há nuances suficientes para afirmar com segurança que, se o legislador quisesse que o parâmetro econômico continuasse a ser “o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente”, assim teria dito, não haveria porque promover alteração que remetesse a outros dispositivos, *os quais estabelecem um valor fixo (R\$ 500,00), atualizado pelo INPC*, valor este que é o *limite máximo* da anuidade para profissionais *pessoas físicas de nível superior*, mas que, inequivocamente, *multiplicado por cinco*, é o novo limite para que se considere uma execução fiscal de créditos de conselhos profissionais antieconômica, qualquer que seja a natureza do executado.

Por fim, a interpretação apegada à redação anterior, a par de ignorar todo o ora exposto, também mantém todos os problemas de inefetividade econômica e quebra de isonomia antes discutidos.

A rigor, com todas as vênias, ela não se sustenta em face de qualquer forma de interpretação, seja literal, sistemática, histórica ou teleológica, muito menos resiste à análise econômica do Direito, ao continuar permitindo o ajuizamento de execuções de valores irrisórios, se as anuidades efetivamente cobradas por determinado conselho forem muito baixas (ainda que multiplicadas por cinco, menores que R\$ 2.500,00, atualizados pelo INPC desde a entrada em vigor da Lei nº 12.154/2011), o que longe está de ser uma hipótese meramente teórica.

## **5 Aplicação para processos novos**

Quanto a processos novos, ou seja, ajuizados após a entrada em vigor da nova lei, aí sim, não há alteração legal quanto ao *momento* e as *consequências* de sua incidência. Na redação original e na nova, a situação é a mesma, os processos que não superem o parâmetro econômico não podem ser ajuizados (“não executarão judicialmente”), ou seja, caso a ação seja proposta após a entrada em vigor da nova lei e em desconformidade com seus novos parâmetros, *deve ser extinta*.

A diferença é que, como antes o parâmetro eram as anuidades efetivamente cobradas, a jurisprudência se firmou no sentido de que deveria ser tomado por base o valor da anuidade do conselho exequente na data da propositura da ação, em cotejo com o valor da execução atualizado até aquele mesmo momento, com todos os consectários, conforme ilustram os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXE-

QUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO.

[...]

2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser "inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

[...]

4. Ademais, "não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial" (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, j. 24/02/2015, DJe 06/03/2015).

[...]

(STJ, REsp nº 1.425.329/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/3/2015, DJe de 16/4/2015)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/73. OFENSA GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. VALOR DA EXECUÇÃO. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ALCANCE DO VALOR MÍNIMO PARA EXECUÇÃO.

[...]

2. Esta Corte, interpretando o art. 8º da Lei n. 12.514/2011, consolidou o entendimento de que no valor correspondente a quatro anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso.

3. O processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária). No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/11, assim, aplicável a limitação acima descrita.

[...]

(STJ, REsp nº 1.524.930/RS, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. 2/2/2017, DJe 8/2/2017)

Aplicando-se a mesma razão aos parâmetros atuais, *para processos ajuizados após a nova lei, o valor da causa da inicial* da execução deve superar o limite de R\$ 2.500,00 (cinco vezes os R\$ 500,00 previstos no inciso I do art. 6º), atualizado pelo INPC a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.514/2011 até a data do ajuizamento, *pouco importando o valor das anuidades cobradas pelo Conselho exequente em qualquer data, sob pena de extinção.*

## 6 Aplicação para processos em andamento

Neste tópico, a primeira questão que se coloca é se a nova lei é aplicável às execuções fiscais em andamento, uma vez que, conforme já exposto, em sua redação original a Lei nº 12.514/2011 efetivamente aplicava-se apenas aos proces-

sos ajuizados após sua entrada em vigor, o que foi consolidado na jurisprudência por meio da referida tese repetitiva nº 696 do STJ.

Ocorre que isso se deu unicamente em razão de completa *ausência de previsão legal* em sentido diverso, *situação esta superada* pela Lei nº 14.195/2021, que introduziu no ordenamento dispositivo *inédito* no que diz respeito a essa questão, o § 2º do artigo 8º, enunciando que “os executivos fiscais de valor inferior ao previsto no *caput* deste artigo serão arquivados, sem baixa na distribuição das execuções fiscais, sem prejuízo do disposto no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.”

Como já exposto, o *caput* do mesmo artigo determina que execuções fiscais *novas* não se executarão judicialmente, ou seja, *não podem sequer ser ajuizadas*, se não superarem o novo parâmetro, o que, não observado, leva à extinção do processo. Com efeito, *para processos novos*, o *caput* do artigo basta, como bastava na redação original, não havendo qualquer razão para um novo parágrafo a esse respeito.

Nesse contexto, se as execuções fiscais posteriores à entrada em vigor da nova lei, quando em desconformidade com os novos parâmetros, não se executarão, logo, se ajuizadas, devem ser extintas, circunstância cuja subsunção se circunscreve inteiramente no *caput* do artigo em tela, e sendo certo que a lei não contém palavras inúteis, muito menos dispositivos inteiros inúteis, o *novo* dispositivo em tela, ao se referir a *arquivamento*, *sem baixa na distribuição*, por imperativo lógico, só pode estar se referindo às execuções fiscais *em andamento*, que *puderam ser ajuizadas*, conforme o regime jurídico vigente no momento do ajuizamento, mas *não podem mais prosseguir*, em face dos *novos* parâmetros, dado que não há, salvo melhor juízo, qualquer outra interpretação possível que não esvazie completamente este dispositivo de aplicabilidade.

É certo que, num exame voltado para o regime jurídico anterior, pode-se cogitar que, se o STJ firmou tese em incidente de recursos repetitivos no sentido de que “é inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 às execuções propostas antes de sua entrada em vigor”, o mesmo deve ocorrer em relação aos novos parâmetros.

Não obstante, com todas as vênias aos entendimentos em contrário, esta posição não se sustenta, nem em face do fato de que *a base legal desta tese foi inteiramente alterada*, com a introdução de um *inédito* dispositivo legal específico, exatamente para tratar de execuções fiscais já em andamento, como acima exposto, muito *menos em face dos motivos determinantes que ampararam a tese*.

Com efeito, da leitura da ementa e da íntegra do acórdão do julgado que serviu de base à tese repetitiva nº 696 do STJ, o REsp nº 1.404.796/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/3/2014, DJe de 9/4/2014, constata-se, sem sombra de dúvida, que seus fundamentos não são de ordem constitucional, a obstar eventuais alterações legais em contrário, senão ressaltam expressamente que, a possibilitar o alcance das execuções fiscais em andamento pelos parâmetros de antieconomicidade, *bastaria haver previsão legal nesse sentido*.

É o que consta do item 5 da ementa, atestando que “para que a nova lei



produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido”. Nada mais que isso.

A afastar qualquer dúvida de que o referido § 2º acrescido ao artigo 8º é esta nova previsão expressa nesse sentido, colhemos do voto do Eminentíssimo Ministro Relator no mesmo julgado:

Assim, para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido, como por exemplo no art. 20 da Lei 10.522/2002 que, de forma evidente, dispôs que “serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Como se nota, a redação do novo § 2º é *idêntica à do exemplo* dado no acórdão, para dispositivo legal que possibilitaria o alcance de execuções fiscais em andamento pelos novos parâmetros, “serão arquivados, sem baixa na distribuição”.

Em suma, segundo o próprio precedente que deu origem à tese repetitiva nº 696 do STJ, à aplicação de tais parâmetros a processos em andamento bastaria nova previsão legal, nada além, sendo que sobreveio uma nos exatos termos do exemplo citado no acórdão para contemplar esta hipótese.

Posto isso, com todas as vênias, ao que se me afigura, o entendimento divergente, a pretexto de observar a jurisprudência do STJ, a rigor, a contraria frontalmente.

Estabelecido que o referido § 2º possibilita a aplicação dos novos parâmetros às execuções fiscais em andamento, em plena conformidade com o precedente que originou a tese repetitiva nº 696 do STJ, cabe perquirir acerca do *momento e forma* de sua incidência.

É que a jurisprudência firmada sob o regime jurídico superado, que não admitia aplicação aos processos em curso, estabelecia que o momento de incidência era a *data do ajuizamento da ação*, quando se deveria tomar por base tanto o valor do parâmetro econômico quanto o da dívida *naquela data*. Não havia diretriz para incidência sobre processos em andamento quando da entrada em vigor da lei, exatamente porque isso não era cabível.

Nessa esteira, embora se possa cogitar da aplicação das diretrizes da jurisprudência pretérita também para os processos em andamento quando da entrada em vigor da nova lei, com todas as vênias, a meu sentir isso seria contraditório tanto com o momento de incidência quanto com as consequências jurídicas previstas pelo dispositivo legal.

Com efeito, se está a tratar de incidência da norma nova sobre os processos já em andamento, lícitamente ajuizados, conforme o regime jurídico anterior, mas que não podem mais prosseguir, em face do regime jurídico novo. Não se trata aqui de condição de admissibilidade para a propositura ação e sim de *condição para seu prosseguimento, superveniente*.



Assim sendo, a mim me parece contraditório retroagir a incidência da norma para o momento da data do ajuizamento da ação, momento em que ela era inequivocamente admissível, sob o regime jurídico então vigente. O que se dá é que ela *não pode mais prosseguir*, sob incidência imediata do novo regime jurídico a processo em andamento, isto é, a incidência se dá *efetivamente na data da decisão que determina o arquivamento*, não antes.

Na mesma ordem de ideias, tenha-se em conta que a consequência da incidência do novo regime aos processos em andamento é seu *arquivamento, sem baixa na distribuição*, situação processual, por sua própria natureza, *transitória*. O processo continua pendente no acervo, embora sobrestado, o que, por consequência, pressupõe que deve, potencialmente ao menos, ser reativado em algum momento, mais precisamente, quando e se o valor atualizado da execução, com todos os seus consectários, vier a superar o novo parâmetro econômico atualizado.

Ora, se adotados, para os processos em andamento, o momento e forma de incidência consolidados na jurisprudência para o alcance de processos novos – o cotejo retroativo do valor da causa da inicial da execução em face do limite legal atualizado até *a data do ajuizamento* –, estar-se-á, a rigor, *cristalizando* a situação do processo em momento e parâmetro pretéritos, já que o valor da inicial e o valor do parâmetro econômico *na data do ajuizamento* são imutáveis. Logo, estar-se-á promovendo um arquivamento permanente, uma contradição em termos. Se a intenção do legislador fosse essa, por certo teria determinado a extinção também dos processos em andamento, não seu mero arquivamento, sem baixa na distribuição.

A solução que melhor se apresenta, novamente, se extrai do exemplo dado pelo próprio STJ no precedente que norteia o tema, ou seja, *aplicar o novo § 2º do artigo 8º da mesma forma que se aplica o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002*.

Acerca do dispositivo paradigma, assim firmou o STJ:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO DE DÉBITO FISCAL. VALOR CONSOLIDADO IGUAL OU INFERIOR A R\$ 10.000,00 (LEI N. 11.003/2004). ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. LEI N. 10.522, DE 19.7.2002.

[...]

2. A teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, em vez de proceder-se à extinção da ação executória, deve ser determinado, sem baixa na distribuição, o arquivamento dos autos das execuções de débito fiscal consolidado com valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (montante atualizado pela Lei n. 11.033, de 22.12.20004). Na hipótese de os débitos ultrapassarem este limite, poderão ser reativados os autos da execução nos termos do § 1º do mencionado dispositivo.

[...]

(STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 778.507/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 23/10/2007, DJ 22/11/2007, p. 228.)

Aplicando-se a mesma razão ao § 2º do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, instituído pela Lei nº 14.195/2021, *para processos ajuizados antes da nova lei, o valor consolidado da execução, na data da decisão*, deve superar o limite de R\$

2.500,00 (cinco vezes os R\$ 500,00, do inciso I do art. 6º), atualizado pelo INPC a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.514/2011 *até a data da decisão*, sob pena de arquivamento, podendo o feito ser reativado se, com sua atualização, o valor consolidado da execução ultrapassar o valor atualizado do limite legal, *pouco importando o valor das anuidades cobradas pelo conselho exequente em qualquer data, bem como o valor consolidado e o valor do parâmetro legal na data do ajuizamento*.



Fonte: [www.visionnaire.com.br](http://www.visionnaire.com.br)

## 7 Conclusão

Na linha de todo o exposto, conclui-se que, em atenção à literalidade das alterações promovidas pela Lei nº 14.195/2021 no regime jurídico das execuções fiscais antieconômicas dos conselhos profissionais, à evolução histórica da legislação relativa a tal regime, à interpretação sistemática de seus dispositivos e à teleologia da lei, de forma a lhe conferir concreta efetividade no sentido de sua finalidade jurídica e econômica, bem como prestigiar os princípios constitucionais da isonomia entre os conselhos profissionais, eficiência e razoável duração dos processos, com todas as vênias aos entendimentos contrários, proponho que estas sejam interpretadas tendo-se em conta:

- a completa e integral superação do regime jurídico anterior pelo novo;
- sua aplicação a quaisquer créditos passíveis de inscrição em dívida ativa pelos conselhos profissionais, não apenas às anuidades;
- o novo parâmetro econômico, que deixa de ser o da anuidade efetivamente cobrada, consistindo *em um valor fixo (R\$ 500,00), atualizado pelo INPC*, valor este que é o *limite máximo* da anuidade para profissionais *pessoas físicas de nível superior*, nos exatos termos da nova redação do *caput* do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, que remete expressamente ao artigo 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º, *sem menção ao § 2º*;
- sua aplicação *para processos ajuizados após a nova lei* deverá ter em consideração que o *valor da causa da inicial* da execução deve superar o limite

de R\$ 2.500,00 (cinco vezes os R\$ 500,00, do inciso I do art. 6º), atualizado pelo INPC a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.514/2011 até a data do ajuizamento, *pouco importando o valor das anuidades cobradas pelo conselho exequente em qualquer data, sob pena de extinção;*

- o novo § 2º do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, introduzido pela Lei nº 14.195/2021, possibilita a aplicação dos novos parâmetros às execuções fiscais em andamento, em plena conformidade com o precedente que originou a tese repetitiva nº 696 do STJ, de forma que o entendimento divergente, a pretexto de observar a jurisprudência do STJ, a rigor, a contraria frontalmente;

- sua aplicação *para processos ajuizados antes da nova lei*, deverá ter em consideração que *o valor consolidado da execução, na data da decisão*, deve superar o limite de R\$ 2.500,00 (cinco vezes os R\$ 500,00, do inciso I do art. 6º), atualizado pelo INPC a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.514/2011 até a data da decisão, *pouco importando o valor das anuidades cobradas pelo conselho exequente em qualquer data, bem como o valor consolidado e o valor do parâmetro legal na data do ajuizamento*, sob pena de arquivamento, podendo o feito ser reativado se, com sua atualização, o valor consolidado da execução ultrapassar o valor atualizado do limite legal.

Este é o resultado a que cheguei a partir desta primeira análise da evolução do regime jurídico das execuções fiscais antieconômicas dos conselhos profissionais, propondo este novo enfoque, assim colocando a questão para apreciação dos leitores e ulteriores discussões e aprofundamentos.

# **Microsociologia e macropolítica no positivismo criminológico: bases para uma reflexão à luz da criminologia crítica**



## **Fábio Wellington Ataíde Alves**

Juiz de Direito. Mestre e doutorando em Direito. Professor de Criminologia e Execução Penal/UFRN.

SUMÁRIO: 1 As tendências irrealizáveis dos discursos criminológicos. 2 O princípio da diferença ou da diferenciação: a ideologia da diversidade. 3 Conclusão. Referências.

## 1 As tendências irrealizáveis dos discursos criminológicos

**E** por que persistiram os efeitos do positivismo criminológico por tantos anos? O que o cientificismo tem a ver com esse positivismo? Por que essa teoria sobrevive de certo modo até hoje apesar de suas inconsistências? Para refletir sobre esses questionamentos, necessário fixar os parâmetros da *sociedade do consenso*, na base da qual está a raiz do positivismo e também do autoritarismo. Essa visão do mundo parte da ideia de que as pessoas estão unidas na sociedade por um consenso, ou seja, por uma única realidade compartilhada, em função de que tudo que interfira nessa realidade será produto de defeitos nos processos que levam à formação da harmonia consensual. Dessa forma, o delito não é enfrentado como inerente à sociedade, mas, muito pelo contrário, resulta da insuficiência dos mecanismos de socialização que conduzem à conformidade.

Qual a resposta adequada à transgressão em uma sociedade consensual? A resposta evidente passa pela *doutrina do tratamento*, segundo a qual o transgressor não escolhe livremente infringir o consenso, mas padece de uma patologia social<sup>1</sup> que afeta a integridade de sua vontade e o impede de agir conforme a maioria. É desse motivo que decorre a necessidade de sua *ressocialização* para o fim de adaptação às regras do consenso. Essa ideologia do tratamento ou da ressocialização reproduz o *princípio da diferenciação*, pelo qual o criminoso distingue-se do indivíduo normal e, por esse mesmo motivo, os sujeitos que compõem as agências de controle – professores, psicólogos, assistentes sociais, promotores, juízes, policiais, etc. – não se misturam com aqueles que fazem parte do objeto mesmo de seu controle, estudantes, presos, internados, egressos, pacientes etc.

Dentro desse quadro dividido, o aparato burocrático das agências se organiza a partir de uma realidade única, na qual se reúnem, de um lado, muitos profissionais que formam uma classe técnica uniforme de homens e mulheres repartindo situações de trabalho e convivência familiar semelhantes, os quais padronizam o mundo a partir de suas próprias realidades. Do outro lado da linha, o transgressor deve ser assistido à luz das necessidades para vivência nesse mundo padronizado, mesmo desconhecido para ele.

Para explicar o crime e a reação a ele, o criminólogo positivista suscita ações punitivas baseadas no enfoque da *microsociologia* e também da *macropolítica*, ambos fundamentos repousados no caráter ontológico do crime. Essa microsociologia ampara o crime como produto estranho, disfuncional, à sociedade. Enquanto isso, a macropolítica tanto ressalta a ação das estruturas político-punitivas com a finalidade de transformação do refugio humano não adaptado ao sistema social, como de outro lado obstrui a investigação sociológica do impacto dessas mesmas estruturas nos processos de criminalização, notadamente por causa do caráter ôntico e seletivo dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

1 Escreve Pablos de Molina: “La Criminología tradicional contempla al sujeto desviado como producto patológico de una insuficiente socialización, que le deja ñiera del consenso y le relega al mundo de lo asocial. Por ello, el comportamiento del ‘desviado’ carece de sentido —ninguna persona ‘normal’ lo comprendería—, no procediendo de una ‘opción’ genuina y válida del mismo, sino fatalmente impuesto a aquél, que se verá impelido a su desviación”. (PABLOS DE MOLINA, Antônio García. *Tratado de criminología*. 3.ed. Valencia: Tiront le Blonch, 2003, p. 1182)



Fonte: [www.aconjurpr.com.br](http://www.aconjurpr.com.br)

Atenta, Vera Regina<sup>2</sup> adverte que a criminologia crítica fará justamente a revisão desses dois postulados, descobrindo então na base do paradigma da reação uma *macrossociologia* e uma *micropolítica*.

Sob esse aspecto, Baratta<sup>3</sup> define a *ideologia da ressocialização* como uma verdadeira macropolítica constituída sob bases microssociológicas, motivadamente por permitir uma falsa consciência das funções reais do amplo sistema de controle. Assim, a busca por ressocialização, reeducação ou o que seja (função "R" da pena) no sistema penitenciário articula-se com os processos de socialização primária, desde a primeira escola, de modo que o cárcere não participa como um elemento estranho ou autônomo, mas integra-se a um *continuum* composto pela família, escola, assistência social, organizações civis, universidade, etc. A ideologia do tratamento funda-se em um saber macropolítico correlacionado dessa forma a várias camadas de saberes técnicos, todos funcionais a um processo político único guiado à seletividade e socialização de sujeitos marginalizados.

Baratta é sagaz quanto a essa questão:

[...] O elemento realista é dado pela consciência de que, na maior parte dos casos, o problema que se coloca em relação ao detido não é, propriamente, o de uma ressocialização ou de uma reeducação. Na base do atual movimento de reforma penitenciária se encontra, antes, a representação realista de que a população carcerária provém, na maior parte, de zonas de marginalização social, caracterizadas por defeitos que incidem já sobre a socialização primária na idade pré-escolar. Observando-se bem, o que parecia um simples matiz filológico na definição do fim do tratamento ("socialização" ou "ressocialização") revela ser uma mudança decisiva do seu conceito. Isto muda a relação entre a instituição carcerária e o complexo de instituições, privadas e públicas, prepostas para realizar a socialização e a instrução. *O cárcere vem a fazer parte de um continuum que compreende família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução dos adultos* (grifamos). O tratamento penitenciário e a assistência pós-penitenciária prevista pelas novas legislações são um setor altamente especializado deste *continuum*, dirigido

2 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

3 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.



a recuperar atrasos de socialização que prejudicam indivíduos marginalizados, assim como as escolas especiais tendem a recuperar os menores que se revelaram inadaptados à escola normal. Ambas são instituições especializadas para a integração de uma minoria de sujeitos desviantes<sup>4</sup>.

Apontando que a legitimação do sistema punitivo decorre da consolidação dos mitos da *neutralidade* e da *unidade*, Vera Regina se encarrega de impugnar esses mitos ao destacar a politicidade das instâncias de controle, a tal ponto que não é possível mais afirmar que existe um único mecanismo punitivo, mas vários deles. Assim, o Poder Judiciário não estaria só, mas detalhadamente articulado com os mais diversos subsistemas de controles formais e informais, como escolas, órgãos acusadores, autoridades policiais, peritos, médicos, etc<sup>5</sup>.

Não é sem razão que, justamente a partir do fim do século XIX, quando o positivismo transforma-se em criminologia oficial do Estado, internalizam-se nas práticas das agências penais as *ideologias do tratamento e da defesa social*, vindicando de agora em diante um aparato completo de burocratas e especialistas que passarão a agir em nome da neutralidade científica. O positivismo criminológico torna-se uma ideologia penal perigosa por muitos motivos, mas um dos principais reside na sua forte carga seletiva sobre vulneráveis, indesejados e inimigos, alheios ao consenso, tudo isso justificado por uma aparente neutralidade política alicerçada em um conjunto de ações punitivas concretas que requisitam do transgressor uma impossível forma de “comportar-se bem no mundo”.

Adiantando a força desse saber único, Zaffaroni<sup>6</sup> aponta que a característica comum das várias formas de autoritarismo que surgem pelo menos a partir do século XV situa-se na necessidade política de inventar *discursos de emergência* e, por assim dizer, fabricar inimigos. O criminólogo argentino sustenta exatamente que todos esses discursos de emergências formatados ao longo da história possuem estruturas semelhantes, como se fossem frutos de uma mesma árvore, que constituíram até os dias de hoje o *sequestro da vítima* nas práticas punitivas.

Portanto, os discursos de emergência que se estabelecem ao longo dos séculos, apesar de diferenciados por razões culturais e políticas, repetem a mesma estrutura teórica de um saber macropolítico gigantesco. Mas esse saber-mãe se desmembra em muitos saberes, cada qual representado por uma agência punitiva. Isso faz com que as diversas agências punitivas do Estado conduzam uma guerra dos saberes, ou seja, elas estão em permanente disputa de poder umas contra as outras, cada uma defendendo assim as suas próprias emergências. E isso gera o que Zaffaroni chama *dinâmica cíclica dos discursos*, segundo a qual nem todos os discursos fragmentados das agências são aproveitados no momento, de modo que alguns vencem outros na tendência de assimilação pela macropolítica crimi-

4 *Ibidem*, p. 168-169.

5 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 245.

6 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo, Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2005.



nal<sup>7</sup>, conforme ocorra maior ou menor funcionalidade ao projeto de hegemonia do poder. Mas veja que os discursos apenas demarcam tendências e, como ocorre na moda, nunca satisfazem por completo a necessidade do consumidor, ou seja, o aparente apogeu de um discurso já arremata a preparação para o triunfo de outro.

O estudo da reação ao *terrorismo* serve para decifrar as energias político-criminais geradas dentro da *dinâmica cíclica dos discursos*. Depois dos atentados de 11 de setembro de 2001 e 11 de março de 2004, em Nova Iorque e Madrid, respectivamente, vários países ocidentais apressaram-se na aprovação de leis de repressão ao terrorismo, mas o Brasil não sancionou nenhuma legislação especial nos anos seguintes, mesmo havendo previsão constitucional de política mais rígida ao encarcerado no caso de terrorismo (art. 5º, inc. XLIII). Seja como for, os primeiros projetos de lei somente foram preparados em 2013 (PLS nºs 508 e 499), coincidentemente a partir da eclosão de manifestações populares e quando se avizinhava o campeonato mundial de futebol sediado no país. A funcionalidade dos discursos em torno da aprovação de um regramento diferenciado para o terrorismo somente foi apossada vigorosamente pelas agências políticas com a aproximação das Olimpíadas de 2016, motivando esforço suficiente para a sanção da Lei Antiterrorismo nº 13.260, de 13 de junho de 2016.

Essa dinâmica cíclica dos discursos igualmente pode ser compreendida no âmbito da formação do positivismo criminológico. Taylor, Walton e Young salientam que as primeiras tentativas de responder ao problema do crime apoiaram-se em bases sociais da microssociologia e não nos eixos biológicos. Ao publicar *O Homem Delinquente*, em 1876, Lombroso aterra a microssociologia, tanto amesquinhando a importância das causas sociais do delito como – ao mesmo tempo – enaltecendo a patologia do crime a partir da análise antropológica do indivíduo, ou seja, essa ênfase no método da antropologia criminal irrompe uma tendência discursiva que encobre as pesquisas no campo da sociologia do crime<sup>8</sup>.

E não é só isso. A tendência antropológica foi sublinhada por um *déficit empírico* nas pesquisas criminológicas que expandiu perigosamente as teorias psicológicas, atraindo para o campo criminológico os saberes de médicos e psiquiatras, os quais não só reavivaram biografias médicas antigas, como as de Gall, Lavater, Pinel e Morel, mas por conseguinte inibiram ainda mais a pesquisa da disfunção do crime a partir sociologia. Essa facilidade com que o determinismo biopsicológico desfrutava sobre o eixo sociológico para responder ao crime possui uma grande vantagem: a de oferecer maior funcionalidade aos discursos macropolíticos de emergência em torno das classes perigosas, então referidas como as maiores responsáveis pela criminalidade<sup>9</sup>.

Com efeito, fica fácil de perceber a *dinâmica cíclica dos discursos* entre o positivismo biopsicológico, de um lado, e o sociológico, de outro, encadeados em torno do discurso de emergência das *classes perigosas*. Qual método prevaleceu

7 *Ibidem*, p. 171.

8 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Trad. Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1977, p. 56.

9 *Ibidem*, p. 57.

nesse momento histórico? Evidentemente o primeiro, que apresentou explicações em torno do atavismo do criminoso, conferindo assim maior saída às emergências políticas da ocasião, em função de possibilitar mais desenvoltura ao discurso das agências punitivas no controle da crise. Darwin foi o primeiro a tratar do atavismo e esse tema ajustava-se à preocupação para a época na contenção de classes perigosas, sendo nesses termos muito mais funcional ao controle o discurso científico do positivismo biopsicológico reputando o criminoso como selvagem, atávico ou monstruoso. Importava saber que o indivíduo antissocial carregava índoles primitivas. Somente em 1897, na quinta edição de seu famoso livro, ou seja, mais de vinte anos depois do lançamento, Lombroso minimizou a importância do *caráter atávico do criminoso* para despertar a dimensão das questões ambientais no controle do crime<sup>10</sup>.

Os principais defeitos da teoria lombrosiana desdobram-se do *déficit empírico na pesquisa criminológica*, ou seja, decorrem, sobretudo, de emprego inadequado das estatísticas, cujas análises provocaram conclusões estranhas ao reconhecimento da seletividade do sistema penal. Por isso mesmo, na visão consensual e micro-sociológica do positivismo, *não ocorre problematização* da macropolítica criminal e tampouco do objeto ôntico do crime. A necessidade de reformas penais ou a crítica às leis não encontram qualquer argumento em uma teoria assim, incapaz de reagir às instâncias de controle, justamente por tomar o crime ontologicamente, como algo pronto, produto inquestionável da violação de valores supremos.



Fonte: <https://guttembergalves.jusbrasil.com.br/>

## 2 O princípio da diferença ou da diferenciação: a ideologia da diversidade

Nesse quadro aparentemente complexo dos discursos biopsicossociais ergue-se uma *criminologia multifatorial* relativamente profunda e heterogênea, mas ainda seguramente reducionista, por estar limitada ao princípio da diversidade, ou seja, à identificação do crime como manifestação de fatores estranhos ao indivíduo normal. Essa dissociação entre o transgressor e o indivíduo normal no âmbito da criminologia multifatorial aparece em forma da ideologia da diversidade, que *patologiza o criminoso*, como se fosse possível determinar critérios científicos para separá-lo dos indivíduos normais.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 58.

Como um rio de conceitos separando dois mundos, a *ideologia de diversidade* afasta o indivíduo normal do patológico a partir de uma explicação *criminológica multifatorial reducionista*, que combina explicações microssociológicas, biológicas, psicológicas e antropológicas, de modo que as causas da criminalidade apresentam-se geralmente manifestas em conceitos associadas a pequenas questões sociais e à patologia individual. Outro ponto, acerca do qual se faz necessário chamar atenção, é que essa diversidade distingue-se por seu caráter mórbido; logo, não se confunde com a diversidade cultural da sociedade contemporânea<sup>11</sup> apregoada pelo Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o crime resultaria de uma liga aparentemente bem ajustada, segundo a qual quase toda transgressão ficaria facilmente explicada pelos limites das carências financeiras, familiares, educacionais, culturais, religiosas, habitacionais, ocupacionais, etc. Tudo isso racionalizando o crime pela falta de oportunidades de trabalho e de constituição de uma vida honesta, limitando a explicação criminológica a um campo restrito da violência. A criminologia multifatorial põe em evidência a história do jovem da periferia, propenso às drogas e desmotivado quanto às promessas do futuro, muito em razão da incapacidade de acesso aos bens de consumo, de algum modo decorrente da família desestabilizada, que não lhe deu base educacional e fracassou ao estimular os valores culturais e religiosos.

Portanto, a partir dessa criminologia multifatorial, o positivismo criminológico evoluiu para uma explicação mais complexa do que a do mero determinismo biológico, mas ainda reducionista, por continuar preso ao caráter ontológico do crime, à visão consensual e à ideologia da diferenciação. Nesse rio de conceitos, bem separado do indivíduo criminoso, está na outra margem o cidadão-modelo da sociedade consensual, disciplinado e amadurecido moralmente, externamente visto como “o homem de bem”, “representante do papel” de cumpridor dos deveres e que pensa ter chegado aonde chegou graças as “suas escolhas” e “ao seu esforço próprio” (livre-arbítrio).

Isso sugere a superação completa da *criminologia contratualista*, como resultado do próprio amadurecimento da sociedade capitalista industrial, cujas necessidades passam agora por uma estratégia macropolítica voltada a converter massas populacionais em um regramento uniforme apropriado à exploração do trabalho, o que foi tarefa da doutrina do tratamento. Esse novo paradigma nutriu uma série de teorias conservadoras, especialmente de Direito Penal do inimigo, racionalizando a hegemonia central do saber dominante como um princípio natural, na mesma forma em que deixa inimigos e anormais sitiados no extremo oposto<sup>12</sup>.

O crime naturaliza-se como uma violação aos interesses de toda comunidade e dessa base emerge na *ideologia da defesa social*, o princípio da legitimidade do Estado para representar toda a sociedade no combate da criminalidade. Fechando essa reflexão, Virgolini explica que a boa condição fisiológica do corpo social dependeria da

11 VIRGOLINI, Julio E.S. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Put, 2005, p. 86.

12 ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: v. I, parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

saúde de todos os seus indivíduos e, nesse passo, o crime torna-se *comportamento disfuncional e patológico* de quem pratica<sup>13</sup>. Util lembrar que, mais tarde, o *paradigma da reação* questionará drasticamente não apenas a patologia, mas todos os princípios da defesa social, sobretudo a legitimidade estatal para o controle do crime.

Todos esses elementos estão interligados. A existência em si de um crime visível atrai a caracterização patológica de um criminoso, que por sua vez exerce tração para movimentar uma máquina relativamente complexa – mas extremamente reducionista – em busca das causas da criminalidade e, conseqüentemente, dos meios de tratamento do transgressor, concebido como alguém diferente dos normais que habitam a sociedade consensualmente organizada. Releva assinalar que isso racionaliza uma ideologia da defesa social, pela qual o Estado se legitima na defesa dos interesses da sociedade contra a transgressão. Dessa forma, entende-se o crime como ação disfuncional, violadora dos interesses coletivos e das mínimas condições de vida em sociedade, enquanto, de outro lado, o discurso do Direito Penal igualitário leva a crer tratar-se esse saber de uma técnica capacitada a devolver o indivíduo, devidamente reparado, ao pacífico convívio social.

Nessa linha, Baratta anota os *princípios que fundamentam a ideologia da defesa social*: (1) legitimação do Estado como representante maior dos interesses da sociedade; (2) o delinquente como um sujeito disfuncional à sociedade; (3) expressão do crime como uma conduta voluntária negativa dos interesses sociais superiores; (4) a crença na ideologia do tratamento; (5) o Direito Penal como instância igualitária; e (6) o crime como impeditivo das condições mínimas de vida em sociedade<sup>14</sup>.

A partir dessas bases, o positivismo criminológico inspira em boa medida a criminologia do Estado, principalmente porque não problematiza a macropolítica de reação ao crime. Com efeito, fica de fora da busca das causas da criminalidade a discussão de assuntos que tocam ao próprio sistema de justiça como participante do processo de criminalização e seleção de sujeitos. Isto é, não se insere no rol de causas do crime a omissão estatal; a conveniência política dos discursos de emergência; a impunidade da macrocriminalidade, especialmente dos crimes de colarinho branco; o tratamento privilegiado na lei; a falta de políticas descriminalizantes, desencarceradoras, diversificadoras ou despenalizantes, etc.



Fonte: <https://csmadvocaciacriminal.jusbrasil.com.br/>

13 VIRGOLINI, Julio E.S. *La razón ausente*: ensayo sobre criminología y crítica política. Buenos Aires: Del Put, 2005, p. 78.

14 BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 36-37.

### 3 Conclusão

Em resumo, a *ideologia do tratamento* consolida o positivismo com uma marca a ferro, que faz da pena uma poderosa política de massificação do sujeito e construção de uma teoria criminológica essencialmente dedicada ao *inimigo* e ao *autor*. O positivismo criminológico, assim considerado como saber cientificamente “avançado” em suas análises sociofisiológicas do criminoso, contribui para a formação de uma ideologia da diversificação, em que homens normais são diferenciados do criminoso patológico. Avalizado por uma sociologia deficitária, os homens honestos se separam dos criminosos deixando para trás a construção clássica de que o crime tem como causa apenas o livre arbítrio do sujeito.

O próprio desenvolvimento crítico do positivismo criminológico afasta-se dos primeiros conceitos de criminoso nato em favor de explicações que incluíam questões biopsicológicas e sociais, mas que, em linhas gerais, continuam sendo reducionistas, interpretando o crime como uma realidade externa, ontológica, visível. A *natureza ontológica do crime* transfere toda energia teórica para a ideologia do tratamento, na busca por formas de tratar a patologia do delinquente. Assim, o paradigma etiológico parte em direção aos elementos constitutivos da criminologia multifatorial, supostamente neutra, inteiramente alheia ao caráter político do crime. Uma criminologia como saber curativo das classes perigosas e suas patologias, perfeitamente adaptada a uma visão consensual da sociedade, em que a criminalidade aparece como algo disfuncional aos valores superiores.

Por tudo, a contenção da pesquisa criminológica criou um gueto acadêmico, que reduziu a explicação do crime a uma mera criminologia multifatorial, condutora de falsas crenças em torno da aparente grandeza de uma única teoria explicativa da transgressão e, por conseguinte, da eficiência macropolítica na repressão à transgressão. Essa criminologia multifatorial de viés positivista produziu um sistema teórico simplista, em um primeiro momento, que se tornou um pouco mais complexo em seguida, mas, definitivamente, destacado pelas ideologias da diversidade, da ressocialização e da defesa social, as quais, a partir da patologização do criminoso, abriram carreira para a seletividade penal de inimigos.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

PABLOS DE MOLINA, Antônio García. *Tratado de criminología*. 3.ed. Valencia: Tiront le Blonch, 2003.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminologia: contribución a una teoria social de la conducta desviada*. Trad. Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1977.

VIRGOLINI, Julio E.S. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Put, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo, Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: v. I, parte geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



## Experimentalismo democrático e a tomada de decisão da maioria na *Política* de Aristóteles



### Isaac Matheus Olivatto

Analista Judiciário – Área Judiciária na Justiça Federal de São Paulo. Lotado no Gabinete da 1ª Vara Federal de São José dos Campos. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

**RESUMO:** O artigo defende o modelo deliberativo de democracia em face do modelo tradicional liberal competitivo. Procurou-se abordar a regra da maioria na *Política* de Aristóteles, identificada com o regime democrático e com o regime constitucional (*politeia*). Tomou-se em consideração a marca experimental (perspectiva defendida neste artigo) dos regimes políticos na *Política*, uma ideia de instituições inacabadas e constantemente sujeitas ao debate (experimentalismo). Nesse sentido, um espaço teórico compatível com o debate público sobre instituições é o experimentalismo democrático, movimento teórico que propõe uma ideia central de inovação e rearranjos institucionais, dentro da qual está o modelo deliberativo de democracia, como base de legitimidade política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aristóteles. Política. Regra da maioria. Democracia deliberativa. Experimentalismo democrático.

**ABSTRACT:** The article defends the deliberative model of democracy against the traditional competitive liberal model. An attempt was made to approach the majority rule in Aristotle's *Politics*, identified with the democratic regime and the constitutional regime (*politeia*). The experimental mark (perspective defended in this article) of political regimes in *Politics* was taken into account, an idea of unfinished institutions and constantly subject to debate (experimentalism). In this sense, a theoretical space compatible with the public debate on institutions is democratic experimentalism, a theoretical movement that proposes a central idea of innovation and institutional rearrangements, within which is the deliberative model of democracy, as a basis for political legitimacy.

**KEYWORDS:** Aristotle. Politics. Majority Rule. Deliberative democracy. Democratic experimentalism.



SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A decisão da maioria na *Política* de Aristóteles. 3 Democracia. 4 Experimentalismo democrático. 5 Democracia deliberativa e a regra da maioria. 6 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

“O bem de cada coisa é o que a conserva”<sup>1</sup>. Na *Política* de Aristóteles, nota-se que sua dialética (técnica de debate, ou seja, argumentação e persuasão com objetivo de enfrentar opiniões de senso comum, colocando-as num movimento reflexivo) leva ao debate público, dentre outras instituições, qual a melhor forma de governo, porque, fazendo assim, pretende a conservação da *polis*. Em consequência, a conservação dela conduz à satisfação de necessidades comuns das partes que a compõem (família e indivíduos), como se destaca:

[...] Também é verdade que estão reunidos pela utilidade comum, na medida em que, a cada um, corresponde uma parcela de bem-estar. Este é o fim principal, quer da comunidade quer de cada indivíduo<sup>2</sup>.

Especialmente no Livro III e IV da *Política*, Aristóteles define o que é cidadão, classifica os regimes políticos, estabelece seus fundamentos e expõe um conjunto de instituições próprias de cada regime político. Tudo se faz para provar quais são e como podem ser os desenhos institucionais que garantem o bem comum.

Nesse sentido, parece nítido que há uma relação inevitável de quem governa sobre quem é governado (tema que já no Livro I da *Política* é apresentado nas relações domésticas, senhor e escravo; homem e mulher; pai e filho). A esse tipo de relação, correspondem tipos de regimes políticos. Marca-se o termo *regime político* porque é ele o elemento supremo da cidade, é sua identidade.

É em razão dele, igualmente, que se define quem governa e quem é governado.

Pelos limites deste artigo, busca-se, então, localizar a tomada de decisão pela maioria. Nesse propósito, será enfrentada a questão de saber como Aristóteles investiga a tomada de decisão nos regimes políticos, para, então, discorrer sobre regimes cujo governo é dado a muitos, a saber, democracia e regime constitucional.

Definidas as bases teóricas, passa-se ao tema do experimentalismo democrático, tomado como uma ideia viva de arranjos institucionais que conforma o

1 ARISTÓTELES. *Política*. Edição Bilíngue. Trad. Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998, p. 107.

2 *Ibidem*, p. 207.

modo de governar. Nesse campo teórico, insere-se a democracia deliberativa, como alternativa a modelos tradicionais de decisões democráticas. Essa nova forma de governo não exclui a tomada de decisão da maioria. Simplesmente, qualifica a tomada de decisão, considerando o pluralismo social, o que difere da ficção de vontade geral de Rousseau.



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

## 2 A decisão da maioria na *Política* de Aristóteles

A primeira questão a ser enfrentada é saber se a regra da maioria é sinônimo de governo no qual muitos governam. Sabe-se que, na *Política* de Aristóteles, há uma divisão de regimes, na qual três são retos e três degenerados, tendo em vista o interesse comum ou um interesse parcial.

Realeza é o governo de um só, em vista do interesse comum; aristocracia é o governo de poucos, em vista do interesse comum, seja porque governam os melhores, seja porque visam o melhor para a cidade e seus membros; regime constitucional é o governo de muitos, em vista do interesse comum<sup>3</sup>.

Tiranía é o governo de um só, em vista do interesse pessoal; oligarquia é o governo de poucos, em vista do interesse dos ricos; democracia é o governo de muitos, em vista do interesse dos pobres<sup>4</sup>.

Aparentemente, Aristóteles adotaria um critério numérico para definir o governo (regime e governo são sinônimos). Todavia, o critério numérico é meramente acidental. Na verdade, é da realidade que ricos sejam poucos e pobres, muitos. "É que a riqueza é de poucos, enquanto a liberdade é de todos"<sup>5</sup>. Ou seja, pode existir uma oligarquia cujo número de ricos seja maior ao número de pobres e, mesmo assim, permanece uma oligarquia, segundo seu fundamento: riqueza. Do mesmo modo, se o número de pobres for maior ao de ricos, mesmo assim, haverá democracia, segundo seu fundamento: liberdade.

O ponto é: a maioria não é um atributo essencial ao regime. Ainda que não seja essencial ao conceito, ela é uma razão instrumental natural da deliberação (discussão e decisão sobre assuntos futuros) política (rumos da divisão do poder

3 *Ibidem*, p. 201.

4 *Ibidem*, p. 213.

5 *Ibidem*, p. 215.

para determinados fins). Seja em oligarquias, democracias ou aristocracias, a decisão é tomada por maioria.

#### Segundo Aristóteles:

[...] de facto, o critério da aristocracia reside na virtude, o da oligarquia na riqueza, o da democracia na liberdade. Contudo, o que acaba por prevalecer em todos os regimes é o que resulta da opinião da maioria<sup>6</sup>.

A formação dessa maioria é que difere segundo o regime adotado. Nas oligarquias, a regra da maioria entre ricos; na aristocracia, entre virtuosos; e na democracia, entre os livres (no sentido estrito de não ser escravo).

Para seguir nos objetivos deste artigo, prefere-se trabalhar com a ideia do *Regime Constitucional (politeia)*, como sendo um governo no qual o poder está partilhado entre muitos em vista do interesse comum<sup>7</sup>. Sua formação é resultado da mistura entre os regimes oligárquico e democrático.

Considerar o regime constitucional é, por certo, um caminho que passa por instituições democráticas e oligárquicas. Assim se dá quando são adotadas disposições legais de cada regime em relação à administração da justiça; à participação nas assembleias; ao acesso às magistraturas<sup>8</sup>.

Dentre as instituições e procedimentos existentes em cada regime (oligárquico e democrático), interessam as instituições deliberativas. A função deliberativa é uma parte da cidade, ao lado das magistraturas e justiça. Os assuntos relativos à comunidade política, por exemplo, as leis, são deliberados ou por todos os cidadãos ou por poucos. Mas, para Aristóteles, o que é conveniente ao melhor modelo de deliberação é a combinação de aspectos democráticos com aspectos oligárquicos, posto que, assim, poderia alcançar o poder partilhado na comunidade política: o povo com os notáveis, e estes com a multidão<sup>9</sup>.

E, nesse ponto, é complexo afirmar qual seria a posição de Aristóteles. O que pode ser feito é reconhecer que Aristóteles tem uma ideia de maioria, no sentido de povo, com espírito democrático, pelo qual todos decidem sobre todas as coisas, e que essa ideia não exclui que, em determinados assuntos, essa maioria escolha, por meio de eleição ou sorteio, magistrados para decidirem<sup>10</sup>.

Daí concluir pela combinação de aspectos democráticos, oligárquicos e aristocráticos.

Mas, mesmo aí, Aristóteles não elimina a regra da maioria, posto que, ao fim de tudo, será ela que decidirá sobre quem ascende às magistraturas, quem faz parte de assembleias deliberativas e quem administra a justiça (por isso se disse que a opinião da maioria acaba por prevalecer em qualquer regime).

6 *Ibidem*, p. 303.

7 *Ibidem*, p. 211.

8 *Ibidem*, p. 305-306.

9 *Ibidem*, p. 329.

10 *Ibidem*, p. 327.

Não há como não ver um embrião de sistemas representativos na *Política*. Democracia, oligarquia, aristocracia, combinadas numa república (regime constitucional), levam em si, por necessidade, instituições que decidam pelo povo (ricos, pobres e classe média, cuja importância é destacada e defendida por Aristóteles). Se não for assim, como se explicariam os procedimentos da eleição e sorteio?

É o que Aristóteles reconhece quando afirma que:

[...] a decisão seria melhor se todos deliberassem em comunidade: o povo com os notáveis, e estes com a multidão. Convém ainda que os cidadãos encarregados de deliberar sejam eleitos ou sorteados de entre as partes da cidade, de acordo com o mesmo critério [...] É conveniente que o povo vote esses projetos que lhe são propostos por deliberação prévia, ou pelo menos que nada tenha a opor, ou então que todos tenham direito a aconselhar, cabendo a última decisão aos magistrados<sup>11</sup>.

É visível, também, um embrião de democracias participativas e deliberativas, assunto que será tratado a seguir.

Mas, antes, convém que seja levada à discussão a qualidade do julgamento das maiorias, exposta no Livro III da *Política*, para enfatizar que, a maioria é uma força que prevalece. Talvez, arrisca-se dizer, Aristóteles conhecesse essa força e, por isso, no último livro da *Política* ela tenha abordado a *educação*, como um elemento capaz de tornar essa classe (que pode ser ricos, pobres e, mais distintamente, a classe média) virtuosa e apta a boas decisões.

Com efeito, Aristóteles se serve da figura dos *banquetes públicos* e do julgamento das artes para demonstrar que maiorias são mais aptas a tomar decisões do que um ou poucos cidadãos. Não escapa de Aristóteles, ainda, duas espécies de opinião: maioria e especialistas. É sempre arriscado dizer qual delas Aristóteles julga como a melhor, uma vez que, pela complexidade da obra, há sempre um movimento reflexivo sobre opiniões (o que é próprio de sua dialética).

Algumas indagações são fundamentais: quem deve ter a supremacia na cidade? A multidão, os ricos, os notáveis, o melhor de todos ou um tirano?<sup>12</sup>

Nesse ponto, Aristóteles, de logo, elimina os extremos (muito comum em sua dialética a técnica de excluir os extremos e considerá-los como causas de degeneração, e procurar o meio termo de todas as coisas). Afirma que não é justo que a maioria (pobres) tome os bens dos ricos, nem que minorias ricas confisquem os bens do povo (daí a equiparação de maioria e povo).

Há, depois disso, a inserção de uma verdade com relação ao povo como poder supremo na cidade. Com efeito, os muitos são indivíduos que, separadamente, não têm qualidades; mas quando estão reunidos podem ser melhores do que os poucos com valor, desde que não considerados individualmente, mas em conjunto<sup>13</sup>. Em conjunto, o povo tem discernimento, afirma Aristóteles.

11 *Ibidem*, p. 330-331.

12 *Ibidem*, p. 223.

13 *Ibidem*, p. 225.

E, mesmo em relação aos especialistas, Aristóteles dá preferência à maioria, quando afirma que “cada indivíduo pode ser um juiz pior do que os especialistas; mas todos juntos, são melhores do que os especialistas ou, pelo menos, não são piores”<sup>14</sup>. Ainda aqui, é necessário discernir o que Aristóteles coloca a respeito de decisões coletivas. Há uma variedade de assuntos, sendo que alguns merecem ser tratados em sedes próprias de discussão e deliberação. Nesse caso, numa democracia, em que o soberano é o povo, cabe à assembleia popular a supremacia em todas as questões, de modo que:

[...] não é o juiz, o membro da assembleia, e o conselheiro que têm autoridade, mas sim o tribunal, o conselho e a assembleia popular. [...] É justo que a massa tenha supremacia nas questões mais importantes, já que a assembleia, o conselho e o tribunal são compostos por muitos cidadãos e a propriedade que todos os membros destes órgãos é maior do que a propriedade dos indivíduos que ocupam os postos mais altos, individualmente ou em pequeno número<sup>15</sup>.

Assim, firmada a regra da maioria como razão instrumental, resta examiná-la no contexto da forma de governo moderna denominada *Democracia*. Nesse sentido, a preocupação se restringirá quanto às formas de participação no poder: representação, modelo liberal tradicional, ou deliberação, como modelo de agregação de informações qualificado por um processo de argumentação capaz de legitimar decisões políticas.



Fonte: <https://classic.exame/>

### 3 Democracia

É a democracia uma forma de governo, isto é, exercício de poder. Quem detém o poder? O critério quantitativo foi atribuído, pela dogmática, a Aristóteles<sup>16</sup>. Em verdade, na *Política*, conforme acima exposto, Aristóteles dividiu os regimes

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 229-231.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 208.

segundo o critério numérico de governantes. Todavia, não é um critério absoluto, mas meramente acidental.

A chave do conceito é o governo do povo<sup>17</sup>. Entretanto, deve-se admitir que “raros termos de ciência política vêm sendo objeto de tão frequentes abusos e distorções quanto democracia”<sup>18</sup>.

O que interessa ao objetivo deste artigo é a investigação do movimento democrático: o povo governa ou se governa pelo povo? E, nessa indagação, reside a evolução da definição dessa forma de governo, entre democracia direta, indireta e, como será abordado no próximo tópico, a participativa e deliberativa.

A primeira forma de democracia é a direta e a expressão teórica de sua existência está na idade antiga, nas comunidades políticas gregas. Não se pretende voltar ao tema dos regimes políticos aristotélicos, neste ponto, mas entender o que é democracia direta.

Naquelas comunidades políticas, não havia distinção entre indivíduo-Estado, a relação entre *polis* e cidadão era orgânica (*organicismo*, tema da ciência política que também foge aos objetivos deste ensaio). Todos eram chamados a deliberar sobre os assuntos da cidade (sem esquecer que “todos” não incluía escravos e mulheres). Sobre essa democracia direta, “o povo, reunido no Ágora, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública ‘no grande recinto da nação’”<sup>19</sup>.

A quebra do paradigma da democracia direta é a democracia representativa, ou indireta. Nesse modelo de democracia, o povo não participa ativamente na decisão política, sua participação é meramente acessória, limitada à escolha do representante. Assim, “o poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo: eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa”<sup>20</sup>.

Dá o tom a essa ideia representativa a incapacidade do povo. A ideologia é força formadora de concepções institucionais. A passagem da democracia dos antigos à dos modernos vem com Montesquieu e sua visão pessimista da capacidade do povo:

[...] O princípio representativo parte em Montesquieu do desenvolvimento que ele faz dessa ideia de que o povo, conforme demonstra a história dos atenienses e romanos, nunca deu provas de aptidão para governar sozinho<sup>21</sup>.

A marca central da democracia representativa é, paradoxalmente, a independência da vontade do povo, representado por ficção. A essa independência corresponde o que se denominou de duplicidade, que:

17 *Idem. Teoria geral do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 135.

18 *Idem. Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 287.

19 *Ibidem*, p. 288.

20 *Ibidem*, p. 296.

21 *Idem. Teoria geral do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 281.



[...] foi o ponto de partida para a elaboração de todo o moderno sistema representativo, nas suas raízes constitucionais, que assinalam o advento do Estado liberal e a supremacia histórica, por largo período, da classe burguesa na sociedade do Ocidente. [...] Insiste pois toda a velha doutrina do sistema representativo numa ideia capital: a independência do representante em face do eleitor<sup>22</sup>.

A democracia, aos poucos, vai se renovando. Nunca é estática. O terceiro momento da democracia é a denominada de participativa ou semidireta. A ideia é a reaproximação entre modelos diretos e indiretos, empoderando-se o povo com mecanismos de consulta e vetos, mas mantendo-se os representantes. Paulo Bonavides afirma que não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder<sup>23</sup>.

A democracia semidireta tem institutos jurídicos próprios: plebiscito, referendo, iniciativa popular de lei e a ação popular. Há todo um quadro de mecanismos que a capacita, embora, lamentavelmente, sejam quase nunca experimentados pelo povo.

Pretende-se, nesse ponto, trazer o conceito contemporâneo que emerge como alternativa aos modelos institucionalmente desenhados. É a chamada *democracia deliberativa*, que reclama mecanismos de argumentação mediante um conjunto de informações adequadas, agregando-se o conhecimento disperso no povo, num espaço público e informal (fora do Estado, mas garantido por ele).

Defende-se a sua localização num movimento teórico chamado de *experimentalismo democrático*, o qual se passa a expor.

#### **4 Experimentalismo democrático**

Experimentalismo democrático é, antes de tudo, uma ideia. Nada é estático. Assim como Aristóteles coloca regimes políticos em discussão, contrapondo opiniões, combinando e recombinao regimes, o experimentalismo democrático reclama, por óbvio, rearranjos institucionais para promover desenvolvimento e garantir bem-estar social.

O conceito de experimentalismo democrático é uma nova forma de governo, pela qual, mecanismos institucionais capacitam os cidadãos a usarem seu conhecimento na resolução de problemas sociais locais, permitindo-lhes deliberar sobre decisões políticas que os afetem diretamente. Não há limitação institucional, por exemplo, competências administrativas rígidas do federalismo, cada unidade federativa e esfera de poder deveriam ser reciprocamente influenciadas e aperfeiçoadas.

22 *Idem. Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 218-219.

23 *Idem. Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.



O marco do termo experimentalismo democrático é tributado a dois professores da Universidade de Columbia, Estados Unidos da América, Professor Michael C. Dorf e Professor Charles F. Sabel, pela publicação do expressivo artigo *A Constitution of Democratic Experimentalism*<sup>24</sup>.

*O que se relaciona ao tema de democracia deliberativa é a forma denominada de Poliarquia Diretamente Deliberativa – PDD. O uso desse termo deve-se a Joshua Cohen e Charles F. Sabel e, quanto à Poliarquia, seu uso é tributado a Robert A. Dahl, em Democracy and Its Critics (1989):*

[...] É direta porque os cidadãos agem por si mesmos na elaboração de soluções para os problemas que os afetam, em vez de delegar responsabilidades aos representantes. É deliberativo porque as decisões relativas à prestação de serviços são normalmente tomadas por meio de razões dadas através de discussão, e não (exceto em casos de impasse) por apuração de votos. É uma poliarquia porque as deliberações e a atuação de cada jurisdição contam como considerações nas deliberações de outras como ela (tradução nossa)<sup>25</sup>.

Antes de introduzir a democracia deliberativa, cumpre assinalar, em termos breves, o paradigma teórico do *pragmatismo* de John Dewey, pois, em todo o artigo dos professores citados, há um norte interpretativo de ação: o pragmatismo.

No artigo *O Desenvolvimento do Pragmatismo Americano*, Dewey afirma que o pragmatismo tem origem em Kant, na *Metafísica dos Costumes*<sup>26</sup>. *O pragmatismo desenvolvido por Dewey se afasta de concepções a priori*, que está no cerne da tradição kantiana. Ele desenvolve o pragmatismo inaugurado por Charles Sanders Pierce, num primeiro marco teórico, e William James, num segundo momento, como um *método* de verificação dos conceitos a partir da experiência, ou seja, se adotado determinado conceito ou teoria, as consequências práticas devem ser verificáveis e, mais, reputá-los válidos, ou “corretos”.

Não há apego a esquemas teóricos prontos e acabados, mas há hipóteses que devem ser repensadas num movimento *teleológico* para a descoberta de realidades novas. Assume que ideias levam a experiências particulares futuras que, se racionalizadas, tendem a se tornarem universalizantes, uma experiência social.

No pragmatismo, deve-se evitar a conclusão individualista de perseguição de interesses particulares, bem como a noção de que a *ação* é um valor em si.

24 DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalism. *Columbia Law Review*, v. 98, n. 2, 1998, p. 267-473. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1123411](http://www.jstor.org/stable/1123411). Acesso em: 29 abr. 2017

25 Original: “It is direct because citizens act for themselves in elaborating solutions to problems that affect them, rather than delegating responsibility to representatives. It is deliberative because decisions regarding the provision of services are normally made by means of reason giving through discussion, not (except in cases of deadlock) the counting of votes. It is a polyarchy because the deliberations and performance of each jurisdiction count as considerations in deliberations of those like it”. *Ibidem*.

26 DEWEY, John; RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo americano. *Cognitio-Estudios: revista eletrônica de filosofia*, v. 5, n. 2, maio 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5782/4091>. Acesso em: 29 abr. 2017.

Pragmatismo leva consigo a noção de *ação instrumental*, ou seja, um movimento intermediário capaz de modificar a existência das coisas:

[...] O papel da ação é o de um intermediário. Para ser capaz de atribuir um significado aos conceitos, uma pessoa deve ser capaz de aplicá-los à existência. Ora, é por meio da ação que essa aplicação é tornada possível. E a modificação da existência que resulta dessa aplicação constitui o verdadeiro significado dos conceitos<sup>27</sup>.

Dewey reconhece que o pragmatismo carrega um viés empirista, mas com ele se distancia em perspectiva:

[...] O Pragmatismo, então, se apresenta como uma extensão do empirismo histórico, mas com essa diferença fundamental, que ele não insiste sobre fenômenos antecedentes, mas sobre fenômenos consequentes<sup>28</sup>.

Esse pragmatismo é que envolve o conceito de democracia. Democracia como conceito não deve se limitar a origens estáticas, como esgotadas. Esse conceito deve ser repensado e adaptado a novas formas, cuja experiência será tomada com critério de valor. Portanto, "não é a origem de um conceito, é sua aplicação que se torna o critério de seu valor, e aqui temos o todo do pragmatismo em seu embrião"<sup>29</sup>. Democracia é experiência natural, sendo que o conceito de democracia somente terá validade se for construído mediante observação consequential, ou seja, não *a priori*.

É a *ação* meio e fim, um movimento dialético. Democracia é essa *ação*. "A democracia era o método para refletir sobre a conexão dos meios aos fins na atividade social" (tradução nossa)<sup>30</sup>. Especialmente, o experimentalismo tem o compromisso de capacitar instituições administrativas e jurídicas para permitir que *experiências particulares* sejam levadas à esfera pública de discussão e deliberadas com a finalidade de construir um ambiente social mais razoável a todos.

## 5 Democracia deliberativa e a regra da maioria

Neste ponto, tem sido promissora a ideia de democracia deliberativa. Já no início no século XX, John Dewey concebeu a democracia como uma *ideia*, como uma esfera independente das estruturas formais, espaço no qual os cidadãos comuns deliberariam sobre problemas públicos de suas comunidades. Dewey foi precursor da democracia deliberativa<sup>31</sup>. Dele também é a introdução de adotar

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 Original: "Democracy was the method for reflecting on the connection of means to ends in social activity". DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalism. *Columbia Law Review*, v. 98, n. 2, 1998, p. 267-473. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1123411](http://www.jstor.org/stable/1123411). Acesso em: 29 abr. 2017.

31 FERES JÚNIOR, João. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 148.

o conceito de *comunidade*, no sentido da *ideia* de democracia não se limitar à *democracia política*, mas ser uma extensão de todos os tipos de associação humana<sup>32</sup>. É inevitável o diálogo com Aristóteles. A bem da verdade, democracia participativa e deliberativa são tentativas de reencontro daquela verve política da *polis*, no entendimento de que: “a democracia precisa começar em casa, e sua casa é a comunidade ao redor”<sup>33</sup>.

Sem eliminar a instituição do sistema representativo (cuja tônica era, paradoxalmente, a ausência do povo), que, com vantagens e desvantagens, parece ser mecanismo inescapável (também neste artigo se afirmou dele em Aristóteles, com todas as reservas que possam ser feitas), a necessidade é injetar democracia na representação, tendo em vista a transformação valorativa por que passou.

Para que se revitalize a democracia representativa, elementos como educação, razão pública, discussão, persuasão, devem estar presentes:

[...] De acordo com Dewey, o que faz com que os sistemas eleitorais e a regra da maioria não sejam uma insensatez é o fato de que, para a maioria ser alcançada, faz-se necessário um processo de discussão, consulta e persuasão. Ou seja, as instituições representativas não podem prescindir de certo grau de deliberação interna, sendo essa sua principal virtude<sup>34</sup>.

Democracia deliberativa é o cidadão em participação recíproca num espaço coletivo “no qual a livre exposição de ideias e suas justificativas para que a decisão seja tomada num sentido ou noutro, serão livremente debatidas, com iguais oportunidades”<sup>35</sup>.

A pergunta que se faz é: o *meio* deliberativo e a regra da maioria convivem?

A resposta é afirmativa.

Mesmo que a democracia deliberativa exija a discussão pública ampla, com o pluralismo que marca uma sociedade de interesses individuais, com o estabelecimento de uma razão prática razoável que medeie o individualismo e o bem comum, a tomada de decisão será pela regra da maioria, pelo voto<sup>36-37</sup>, isto é, mediante uma *razão instrumental* que é a regra da maioria.

32 *Ibidem*, p. 144.

33 DEWEY, John; RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo americano. *Cognitio-Estudos*: revista eletrônica de filosofia, v. 5, n. 2, maio 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5782/4091>. Acesso em: 29 abr. 2017.

34 FERES JÚNIOR, João. *Teoria política contemporânea*: uma introdução. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 154.

35 BEÇAK, Rubens. *Reflexões sobre o evoluir democrático rumo à sua otimização*: a atualidade da “democracia deliberativa” e suporte teórico. Enfoque histórico-evolutivo. Contribuição à Teoria Geral do Estado. 2012. 178f. Tese de Doutorado (Livres-docência em Teoria do Estado). Faculdade de Direito, USP, São Paulo, p. 98.

36 *Ibidem*, p. 102.

37 Bernard Manin *apud* SANTOS, Erlon Dias de Sales. A vontade política e a razão pública como contradições de legitimidade democrática. *Primeiros Estudos*, São Paulo, n. 7, p. 83, dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.usp.br/primeirosestudos/article/view/84342>. Acesso em: 29 abr. 2017.



Fonte: [www.redebrasilatual.com.br](http://www.redebrasilatual.com.br)

Desse modo, a democracia deliberativa não pretende extinguir a regra da maioria. Sua pretensão é torná-la justa. A justiça, aqui, é tomada como um *meio-termo*, como uma virtude aristotélica.

Esse meio-termo é a possibilidade de a deliberação considerar o antagonismo entre interesses individuais e interesses de bem-estar social, tomando-se os cidadãos como livres e iguais em sua capacidade de apresentar razões. Com isso, a maioria que se forma não se impõe à minoria que se vê vencida, de forma arbitrária. Ela é formada com a justificação de ter considerado todas as alternativas possíveis que, por sua vez, submeteram-se ao debate público, com participação de todos.

Pensada dessa maneira, a regra da maioria evita que interesses minoritários sejam subjugados. A chamada *tiranía da maioria* é uma evidência histórica de como maiorias podem tomar decisões equivocadas, caso essa maioria não seja legitimamente formada (uma legitimidade democrática *participativa*, não meramente formal). E mais, a regra da maioria deve levar em consideração imperativos de liberdade individual que, por já terem sido submetidos ao escrutínio histórico, impedem decisões majoritárias.

A questão central é a articulação da cidadania e da personalidade<sup>38</sup>. Há esferas particulares em que a regra da maioria não tem compatibilidade. A liberdade de autorrealização é um espaço individual que a regra da maioria não deve ser considerada. Não se leva à deliberação majoritária a escolha de uma religião ou outras liberdades. Tal discussão perde relevo diante de catálogos de direitos fundamentais elevados a normas constitucionais que são, essencialmente, marcadas pelo caráter *contra majoritário*.

Mesmo com ampla liberdade de autorrealização e prevalência de interesses pessoais, cada pessoa não tem pretensões somente individuais. Necessariamente, há pretensões mais abrangentes, universais. Nessas questões, a regra da maioria é adequada. Sua justificação, porém, não é meramente numérica, mas substancial, ou seja, qualitativa, mediante a introdução de um elemento chave: a *deliberação*, a possibilidade de levar em consideração todos os interesses e fazer concessões recíprocas em nome de uma razão comum.

38 MACHADO, Nilson José. A maioria sempre tem razão: ou não. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 276, dez. 2005. Disponível em: <http://revistas.usp.br/eav/article/view/10109>. Acesso em: 01 maio 2017.

[...] No caso de uma cidade, de um estado, de um país, ao eleger-se um governante, se a totalidade da população é representada pelo universo dos votantes, se todos os interesses estão contemplados, se cada ser humano, cada cabeça pensante representa efetivamente um voto, se se acredita que cada um pode efetivamente ser eleito e exercer o poder, estamos diante de *universitates* e a regra da maioria constitui o procedimento mais idôneo para a articulação entre ações pessoais e ações coletivas, para a legitimação das ações comuns, da comunicação, das coações legítimas<sup>39</sup>.

E nisso está a questão da legitimidade de decisões democráticas: importa mais, não o resultado, mas o meio adotado para chegar nele. Nesse meio deliberativo, a força condutora é razão pública, que faz com que a maioria seja obedecida legitimamente pelos dissidentes, ao custo dos próprios interesses<sup>40</sup>.

Diante disso, o experimentalismo ou instrumentalismo de Dewey inaugurou todo um palco de teóricos que reúne de Rawls (com sua razão pública de justiça, não excludente de minorias, conciliadora de interesses individuais liberais e exigências democráticas de bem comum) a Habermas (com seu procedimentalismo de influência indireta, que, apesar da importância, é fraco ante a formas deliberativas substanciais incentivadas pelo experimentalismo democrático).

Essa forma de deliberação democrática suplanta o critério quantitativo pelo critério qualitativo. Ela afasta a necessidade de uma razão pública absoluta de *verdade* por uma razão pública razoável<sup>41</sup>, capaz de conciliar o conflito entre individualismo liberal e bem-estar social, oferecendo-se a tornar menos injusta uma sociedade desigual materialmente (já que, para realizações individuais a que todos têm direito, depende um conjunto de recursos materiais para lhes dar concretude).

Sobre a regra da maioria, democracia deliberativa e legitimidade de decisões política, é interessante destacar críticas contra a defesa da legitimidade de decisões políticas por meio de deliberação. A primeira é o *individualismo liberal*<sup>42</sup>, que *pressupõe ser impraticável estabelecer uma razão prática imparcial de indivíduos que têm interesses egoísticos. Como também, critica a legitimidade de decisões coletivas, defendendo capacidade individual em apresentar decisões "corretas" por princípios individualistas (algo como defender que benefícios privados redistribuam benefícios públicos).*

39 MACHADO, Nilson José. A maioria sempre tem razão: ou não. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 281, dez. 2005. Disponível em: <http://revistas.usp.br/eav/article/view/10109>. Acesso em: 01 maio 2017.

40 J. Rawls *apud* SANTOS, Erlon Dias de Sales. A vontade política e a razão pública como contradições de legitimidade democrática. *Primeiros Estudos*, São Paulo, n. 7, p. 85, dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.usp.br/primeirosestudios/article/view/84342>. Acesso em: 29 abr. 2017.

41 Joshua Cohen *apud* SANTOS, Erlon Dias de Sales. A vontade política e a razão pública como contradições de legitimidade democrática. *Primeiros Estudos*, São Paulo, n. 7, p. 83, dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.usp.br/primeirosestudios/article/view/84342>. Acesso em: 29 abr. 2017.

42 Jon Elster *apud* SANTOS, Erlon Dias de Sales. A vontade política e a razão pública como contradições de legitimidade democrática. *Primeiros Estudos*, São Paulo, n. 7, p. 87, dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.usp.br/primeirosestudios/article/view/84342>. Acesso em: 29 abr. 2017.

Apesar das críticas, acredita-se que a experiência democrática tem demonstrado que benefícios privados não têm distribuído benefícios públicos satisfatórios a ponto de ensinar o desapego a meios deliberativos que incentivam o povo, a maioria e a minoria, a participar da tomada de decisões políticas, qualificando-as como legítimas.

Talvez essa seja a questão: as instituições jurídicas e políticas construídas ao longo da idade moderna não se ofereceram para tomar o povo como centro das decisões políticas (ou sempre o fizeram de modo fictício, veja-se o sistema representativo, fruto da ideologia liberal que cumpriu exatamente seu propósito: afastar o povo do poder, limitando-o à mera escolha de representantes).

O que faz ganhar força teórica a ideia motora do experimentalismo democrático, no sentido de que há necessidade de repensar arranjos institucionais: Direito – sistemas de governo – federalismo – separação dos poderes. O experimentalismo democrático deve guiar instituições para que promovam a deliberação pública, bem como incentivar a educação do povo (ao invés de manter uma baixa qualidade política).

Desse modo, o experimentalismo democrático, conceito que abrange várias instituições, como demonstraram Michael C. Dorf e Charles F. Sabel, carrega em si a *promoção da democracia deliberativa* mediante a *mudança da realidade* (pragmatismo de Dewey) institucional.

Somente assim a razão instrumental da regra da maioria terá legitimidade.

## 6 Conclusão

O artigo se propôs a investigar a regra da maioria na *Política* de Aristóteles e o experimentalismo democrático como movimento teórico capaz de promover legitimidade para a tomada de decisão majoritária através da democracia deliberativa.

A regra da maioria é uma *razão instrumental*, ou seja, sempre que um assunto *universal* estiver em discussão num ambiente formado por pluralidade de opiniões, a tomada de decisão será por maioria. A *Política* de Aristóteles revelou que a maioria é capaz de tomar boas decisões, inclusive contra a opinião dos especialistas. Sua existência, por óbvio, só faz sentido em regimes que se governam por mais de duas pessoas (o que faz sentido na democracia, oligarquia – como regimes desviados – e na aristocracia e regime constitucional – como regimes retos)

O regime constitucional de Aristóteles agrega em si instituições democráticas, oligárquicas e aristocráticas. Há a liberdade da democracia entre cidadãos iguais, a riqueza como fundamento da oligarquia e justificativa para impor aos ricos a contribuição para serviços públicos, e a virtude da aristocracia nas eleições de determinados cidadãos para funções específicas da *polis*.

Após a exposição da evolução do conceito de democracia como o regime mais aceitável na histórica política, foi apresentado o experimentalismo democrático como uma ideia pragmática de mudar realidades institucionais.



Nesse propósito, defende-se que a chamada *democracia deliberativa* é a forma de governo contemporânea mais adequada para tornar a regra da maioria legítima, sem excluir minorias, mas inseri-las na discussão sobre a solução política dos problemas que as afetam.

O que o experimentalismo democrático pode promover para tornar a democracia deliberativa mais efetiva é construir rearranjos estruturais em nosso federalismo. Esse é um bloqueio que precisa ser combatido. Deixar as unidades federativas menos asfixiadas por uma repartição rígida de competências, torná-las capazes de aproximar cada comunidade local aos seus representantes para resolução de problemas locais e, assim, fazer com que essas decisões deliberadas possam influenciar as demais comunidades federativas<sup>43</sup>.

O Brasil já tem experiência de participação política fora do espaço institucional, como mostram os conselhos de orçamento participativo e conselhos e organizações sociais de monitoramento de cidades. É, sem dúvida, um avanço. Contudo, é preciso mais. É necessária a difusão do conhecimento e de informações para que o debate não se limite a grupos muito específicos.

Assim, conclui-se que o futuro se apresenta como o reencontro com a democracia direta perdida na idade moderna, com mecanismos institucionais que coloquem o povo dentro da tomada de decisão política, qualificando-a como verdadeiramente democrática, sem intermediação *independente* dos representantes, mas intermediação responsável dos representantes.

43 UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 68, maio 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584/7322> Acesso em: 29 abr. 2017.

## Referências

ARISTÓTELES. *Política*. Edição Bilingue. Trad. Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

BEÇAK, Rubens. *Reflexões sobre o evoluir democrático rumo à sua otimização: a atualidade da "democracia deliberativa" e suporte teórico. Enfoque histórico-evolutivo. Contribuição à Teoria Geral do Estado*. 2012. 178f. Tese de Doutorado (Livre-docência em Teoria do Estado). Faculdade de Direito, USP, São Paulo.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DEWEY, John; RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo americano. *Cognitio-Estudos: revista eletrônica de filosofia*, v. 5, n. 2, maio 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5782/4091>. Acesso em: 29 abr. 2017.

DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A constitution of democratic experimentalism. *Columbia Law Review*, v. 98, n. 2, 1998, p. 267-473. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1123411](http://www.jstor.org/stable/1123411). Acesso em: 29 abr. 2017.

FERES JÚNIOR, João. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACHADO, Nilson José. A maioria sempre tem razão: ou não. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 271-285, dez. 2005. Disponível em: <http://revistas.usp.br/eav/article/view/10109>. Acesso em: 01 maio 2017.

PEDROSO, Rodrigo Rodrigues. *A divisão dos regimes políticos em Aristóteles*. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-11042016-123603/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

SANTOS, Erlon Dias de Sales. A vontade política e a razão pública como contradições de legitimidade democrática. *Primeiros Estudos*, São Paulo, n. 7, p. 80-90, dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.usp.br/primeirosestudos/article/view/84342>. Acesso em: 29 abr. 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584/7322>. Acesso em: 29 abr. 2017.



# Jurisprudência



# **Direito Administrativo**



Mazé Leite





## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0006426-70.2013.4.03.6105**

Apelante: IONEI CESAR LEITE

Apelados: MUNICÍPIO DE CAMPINAS, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO, UNIÃO FEDERAL

Interessados: JAYME FERNANDES DELGADINHO, GENI DOMINGUES DELGADINHO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/10/2022

### **EMENTA**

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. VIRACOPOS. AMPLIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. ADOÇÃO LAUDO PERICIAL JUDICIAL. METODOLOGIA RECONHECIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONTEMPORÂNEO À AVALIAÇÃO JUDICIAL. ART. 26, CAPUT, DO DL 3.365/1941. LEVANTAMENTO DA INDENIZAÇÃO. POSSUIDOR. NECESSIDADE DO REGISTRO DA PROMESSA. APELO PROVIDO EM PARTE.

1. Apelação interposta por IONEI CÉSAR LEITE contra a sentença (ID 165586652) proferida em ação de desapropriação por utilidade pública de um terreno designado Lote 12 da Quadra G do Jardim Santa Maria I, conforme matrícula nº 140934, do 3º Cartório de Registro de Imóveis de Campinas, destinado às obras do Aeroporto de Viracopos, que julgou o pedido procedente. Sem honorários.

2. O magistrado sentenciante ao proferir a sentença adotou o valor ofertado como sendo da justa indenização, considerando que o valor do bem deve ser aferido à época da declaração da utilidade pública em decorrência do impacto posterior do próprio decreto expropriatório, além de pontuar que os elementos amostrais utilizados pela perita seriam muito discrepantes do imóvel expropriado.

3. No que concerne ao conceito de justa indenização, equivocou-se o MM Juiz sentenciante quando anota que “a importância paga pelo Poder Público pelo imóvel deve corresponder ao valor do bem à época da declaração de sua utilidade pública”, posto não alcançar o requisito da contemporaneidade entre indenização e avaliação preconizado pela jurisprudência da Corte Superior.

4. Como consabido, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o valor da indenização, em regra, deve ser contemporâneo à avaliação judicial, conforme disposto no art. 26, caput, do DL 3.365/1941, priorizando o momento da fixação judicial do preço, independentemente da data do decreto expropriatório, da imissão na posse ou da vistoria pelo ente expropriante.

5. Laudo pericial produzido em Juízo utilizou o Método Comparativo Direto de Dados de Mercado, indicado no item 8.2.1 da ABNT - NBR 14.653-1 (2001), com coleta de onze elementos amostrais que foram homogeneizados.

6. O Método Comparativo de Dados de Mercado é válido e regulamentado no âmbito da área técnica da construção civil e tratado na NBR nº 14653-1:2001 da Associação Brasileira de Normas Técnicas, consistindo em método usualmente aceito.

7. Quanto aos elementos comparativos, a perita coletou 11 amostras na mesma região geoeconômica do imóvel avaliado, conforme determinam as regras da ABNT, homogeneizando-as, para obtenção de uma amostra mais representativa do mercado imobiliário da região, a exemplo, segundo informam os peritos, do procedimento também adotado no trabalho da Comissão de Peritos Judiciais (CPERCAMP). Curial destacar que ambos os laudos, o de avaliação inicial apresentado pela INFRAERO e o elaborado em Juízo utilizaram-se das mesmas normas técnicas (ABNT NRB 14653).

8. Deve ser o acolhido o primeiro laudo técnico da perita judicial, em vista do seu valor probante, devendo ser indenizada pelo valor apurado em 2015 e não pelo valor apurado quando do decreto expropriatório, que deverá ser corrigido nos exatos termos em que determinados pela r. sentença e observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

9. O documento que supostamente comprova a titularidade do imóvel por parte do apelante consiste em uma simples “declaração de sinal de negociação de Compra e Venda de Terreno”, conforme se observa à fl. 114. Note-se que em sede de Agravo de Instrumento n. 0000344-34.2015.4.03.0000 (fls. 235 e ss – ID 165586636), esta C. Corte consignou ser “inafastável a necessidade do registro da promessa para que se torne o promitente comprador titular de direito real e, então, possa exercê-lo *erga omnes*”. Por conseguinte, não obstante a confirmação de JAYME FERNANDES DELGADINHO sobre a venda do imóvel objeto desta desapropriação a IONEI CÉSAR LEITE, pertinente a manutenção da determinação contida na sentença para que “os requeridos/interessados apresentarem documentação que comprove o seu direito ao imóvel”.

10. Os honorários advocatícios, nas demandas expropriatórias, devem ser fixados em conformidade com a lei vigente à época da prolação da sentença, no caso, entre 0,5% (meio por cento) e 5% (cinco por cento) do valor da diferença entre a oferta e a indenização (art. 27, § 1º, do DL nº 3.365/1941, com a redação da MP nº 2183-56, de 24/08/2001). reformada parcialmente a sentença com o acolhimento do valor obtido pelo laudo pericial, acarretando diferença, propriamente dita, entre o valor ofertado e a quantia arbitrada, fixo o percentual de 2% a título de honorários advocatícios.

11. Apelo parcialmente provido para acolher o laudo técnico pericial produzido em Juízo.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, com a apresentação de voto-vista pelo senhor Desembargador Federal Wilson Zauhy, a Primeira Turma, por unanimidade, deu parcial

provimento à apelação para acolher o laudo técnico pericial produzido em Juízo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Apelação interposta por IONEI CÉSAR LEITE contra a sentença (ID 165586652) proferida em ação de desapropriação por utilidade pública de um terreno designado Lote 12 da Quadra G do Jardim Santa Maria I, conforme matrícula nº 140934, do 3º Cartório de Registro de Imóveis de Campinas, destinado às obras do Aeroporto de Viracopos, que julgou o pedido procedente, sem honorários, nos termos seguintes:

(...) DIANTE DO EXPOSTO, *julgo procedente o pedido*, resolvendo-o no mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar incorporado ao patrimônio da União Federal o imóvel objeto deste feito (Lote 12 da Quadra G do Loteamento Jardim Santa Maria I), registrado sob a matrícula nº 140934 no 3º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas, mediante o pagamento do valor de R\$ 16.539,00 (dezesseis mil, quinhentos e trinta e nove reais), em julho de 2011. *Confirmo, com isso, a decisão liminar proferida nestes autos, pela qual se deferiu à Infraero a imissão na posse do bem*. Assim, consolida-se a União a propriedade do bem desapropriando.

Sobre o valor fixado, incide a atualização monetária pelo IPCA-E, desde julho de 2011 até o efetivo pagamento, em observância à previsão contida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (item Desapropriações diretas) vigente por ocasião do cumprimento do julgado. Os juros moratórios são devidos sobre o valor do complemento do depósito judicial inicial a ser efetuado pela Infraero e incidem a partir do trânsito em julgado da sentença. Deverá a Infraero (cláusula 3.2.5.1 do termo de Cooperação) promover, até o 15º (décimo-quinto) dia contado da intimação desta, às suas expensas [STJ; REsp nº 734.575; 1ª Turma; Rel. Min. Luiz Fux; DJ de 22/05/2006, p. 157], a publicação dos editais de que cuida o artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com prazo de 10 (dez) dias. Deverá comprovar nos autos a realização da providência, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias do término do decêndio referido.

Intimem-se as expropriantes a fornecerem as certidões de débitos do imóvel objeto deste feito, bem como a sua matrícula atualizada, no prazo de 15 (quinze) dias. Sem honorários advocatícios (artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941) nem custas (fl. 81 dos autos físicos).

Certificado o trânsito em julgado, intimem-se: a Infraero a apresentar o cálculo de atualização do valor da indenização ofertada, na forma ora determinada, bem assim a comprovar a correspondente complementação do depósito judicial efetuado nestes autos; o Município de Campinas, União Federal e Ministério Público Federal, para tomarem ciência de todo o processado e, se entender o caso, apresentarem manifestações requerendo o que entender de direito.

Após, intime-se a parte expropriada acerca do interesse no levantamento do valor depositado, devendo os requeridos/interessados apresentarem documentação que comprove o seu direito ao imóvel. No silêncio, o valor permanecerá depositado, aguardando provocação dos expropriados/interessados ou de eventuais sucessores.

Por economia e celeridade processual, determino a expedição de carta de adjudicação em favor da União, devendo o Diretor de Secretaria providenciar o necessário à sua instrução e autenticação.

Sem reexame (art. 28, § 1º, Decreto-Lei nº. 3.365/1941).

Oportunamente, nada mais sendo requerido, arquivem-se os autos com baixa-findo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o MPF. Cumpra-se com prioridade. (...)

O apelante pretende a reforma da sentença no tocante a apuração do valor indenizatório, bem como quanto ao reconhecimento do seu direito ao levantamento dos valores depositados com a dispensa da prova de propriedade. Alega, em síntese, que:

- há nos autos comprovação de ser possuidor e proprietário do imóvel expropriado, diante do instrumento de compra e venda firmado com o corréu JAYME;

- o próprio vendedor do bem, o corréu JAYME FERNANDES DELGADINHO, reconhece como legítima a venda do imóvel o que autoriza o recebimento da indenização decorrente dessa desapropriação;

- A jurisprudência é firme no sentido de que comprovada a condição de possuidor do imóvel, e não havendo oposição ou disputa, "pode o mesmo figurar no polo passivo, ter direito à correspondente indenização e ao levantamento dos valores depositados na ação com a dispensa da prova de propriedade", nos termos do Art. 34 do Decreto-Lei 3.365/41;

- a proposta inicial dos expropriantes acolhida na sentença, no importe de R\$ 16.539,00 (dezesseis mil, quinhentos e trinta e nove reais) é irrisória quando comparada aos valores praticados na compra e venda de terrenos situados na mesma região onde se encontra o imóvel expropriado;

- o montante ofertado de R\$ 16.539,00 (dezesseis mil, quinhentos e trinta e nove reais) considerou o valor venal do imóvel e não seu real valor de mercado, o que não reflete justa indenização, mormente, quando se compara com o valor de R\$ 47.300,00 (quarenta e sete mil e trezentos reais) pago pelo mesmo ao corréu JAIME no ano de 2013;

- cumpre adotar o valor de R\$ 44.681,38 (quarenta e quatro mil, seiscentos e oitenta e um reais e trinta e oito centavos) apontado no laudo pericial produzido em Juízo dada a imparcialidade e a confiabilidade do mesmo.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte Regional.

Dispensada revisão nos termos regimentais.

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

*O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):*

*Admissibilidade*

Tempestivo o recurso, recebo-o em seus regulares efeitos.

Passo ao exame da matéria devolvida.

*Do mérito*

Anoto, de início, que o valor da oferta inicial foi de R\$ 16.539,00 (dezesesseis mil, quinhentos e trinta e nove reais), para julho de 2011, pela área de 372,50 m<sup>2</sup> a ser desapropriada (móvel avaliando localizado à Rua Cirilo José Pansani (antiga Rua 04), s/nº, lote 12 da quadra G do loteamento Jardim Santa Maria I, do imóvel de matrícula n. 140934).

O Laudo de Avaliação Inicial apresentado pela INFRAERO consta:

- Normas observadas: as recomendações das Normas para Avaliações de Imóveis nas Varas da Fazenda Pública da Capital de São Paulo — CAJUFA e da NBR 14653-2 -2011: Avaliação de Bens — Imóveis Urbanos, da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT;
- Metodologia: Método Evolutivo, o qual preconiza que a composição do valor total do imóvel avaliando pode ser obtida através da conjugação de métodos, a partir do valor de terreno, determinado pelo Método Comparativo de Dados de Mercado, considerados o custo de reprodução das benfeitorias, quando houver, devidamente depreciado, e o fator de comercialização- Elementos amostrais: pesquisa de mercado com 27 elementos amostrais "distribuídos dentro de raios equidistantes de 5,00km (cinco quilômetros), estabelecidos com a finalidade de limitar a pesquisa no raio máximo de 25 a 30 quilômetros";
- Grau de precisão: grau III

No laudo produzido em Juízo, acostado às fls. 202 e ss – ID 165586636, consta:

- Normas observadas: Norma Brasileira ABNT — NBR 14.653-1 (abr/2001) e os critérios recomendados pelas "NORMAS PARA AVALIAÇÕES E LAUDOS EM DESAPROPRIAÇÕES NAS VARAS DA FAZENDA MUNICIPAL DA CAPITAL (2004)", utilizando-se o Método da Composição, ou seja, o Valor Total do Imóvel Expropriado se obtém pela soma do Valor do Terreno Expropriado com o Valor das Construções e Benfeitorias atingidas; Construções e Benfeitorias atingidas deverão ser avaliadas com base nos parâmetros e procedimentos estabelecidos no Estudo "EDIFICAÇÕES — VALORES DE VENDA —2002/2007 (ADEQUAÇÃO)", elaborado pela Comissão de Peritos nomeada pelo Provimento N 201/99 dos MM. Juizes Varas da Fazenda Pública da Capital;
- Metodologia: Método Comparativo Direto de Dados de Mercado, indicado no item 8.2.1 da ABNT - NBR 14.653-1 (2001), com utilização de onze elementos comparativos;
- Valor unitário para a terra nua: R\$ 119.95/m<sup>2</sup>;
- Valor total de = R\$ 44.681,38 (Quarenta e quatro mil, seiscentos e oitenta e um reais e trinta e oito centavos) para 10.2015;
- Grau de precisão da estimativa de valor: grau III

Em esclarecimentos (fls.329 e ss – ID 165586637), a *expert* anotou que:

Com relação a alegação de que "os bairros escolhidos não guardam semelhança com as características do imóvel avaliando e tal falta de similaridade contribuiu com a distorção do preço final obtido, causando valorização do imóvel", cabe in-

formar que se tratam todos de bairros populares nas imediações, cujas diferenças foram devidamente tratadas na homogeneização.”.

(...)

Com relação a alegada discrepância com os valores apurados pela Cpercamp, se deve ao fato deste trabalho encontrar-se extremamente defasado por ter sido elaborado em abril de 2010, com o agravante de não ter abrangido o local em questão - Jardim Santa Maria, portanto não serve como parâmetro.

Do alegado “fator especulação imobiliária, contaminando das amostras”: 1 Com relação a alegada valorização, cabe informar que são valores obtidos no mercado por intermédio de pesquisa, portanto reflete a situação atual.

(...)

Em conformidade com as recomendações do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias do Estado de São Paulo (IBAPE/SP) e do Centro de Apoio aos Juizes das Varas da Fazenda Pública da Capital (CAJUFA), a pesquisa de valores deve conter elementos contemporâneos a data da avaliação.(...)

Por fim, Parecer técnico do Assistente da INFRAERO, em resumo, anota que apesar de constar no Relatório Detalhado elaborado pela Comissão de Peritos denominada CPERCAMP, denominado Metalaudo, a Perita optou por não aproveitar as informações de mercado e dados disponíveis no Metalaudo e apresentou pesquisa de 11 (onze) novos elementos amostrais, dos quais 08 deles, segundo alega, não condizem com a característica do loteamento em questão. Refere, em resumo, que a distorção apresentada no laudo é reflexo da supervalorização dos imóveis no entrono do aeroporto associada à utilização de amostras de imóveis com padrão superior ao do avaliado.

Às fls. 406 e ss (Id 165586638), em resposta a solicitação do MM Juiz para que fosse aferido o valor para julho de 2011 (mesma data do laudo de avaliação inicial), a perita utilizou dados do relatório CERPCAMP, e informou o seguinte:

(...) Conforme recomendações do IBAPE/SP e demais normas de avaliação, para apurarmos o valor do imóvel na data solicitada (julho de 2011), feríamos que ter como base elementos amostrais coletados em data próxima, ou no máximo com 1 (um) ano após a coleta de valores, elementos amostrais estes que não dispomos.

Com o objetivo de apurar valor mais próximo possível do solicitado pelo MM. Juiz, a Signatária utilizou o valor unitário de lote na situação paradigma apurado no relatório CPERCAMP (abril de 2010), multiplicado pelo IL - Índice de Localização apurado para o Jardim Santa Maria I no laudo pericial e com aplicação de índice de correção financeira (IGPM - Índice Geral de Preço do Mercado) para a data solicitada, onde temos:

(...)

Valor do lote para julho de 2011: 372,50m<sup>2</sup> x R\$ 54,52/m<sup>2</sup>

Valor do lote para julho de 2011: R\$ 20.308,70 (Vinte mil, trezentos e oito reais e setenta centavos). (...)

Diante deste contexto, o magistrado sentenciante ao proferir a sentença adotou o valor ofertado como sendo da justa indenização, considerando que o valor do bem deve ser aferido à época da declaração da utilidade pública em decorrência do impacto posterior do próprio decreto expropriatório, além de pontuar que os elementos amostrais utilizados pela perita seriam muito discrepantes do imóvel expropriado, nos termos seguintes:



(...) No que concerne ao valor indenizatório, verifico que, contestado o feito e deferida a produção da prova pericial, foi apresentado o laudo técnico pela perita do Juízo, que atribuiu ao imóvel expropriando o valor de R\$ 44.681,38, para outubro de 2015. E quando instada, em sede de esclarecimentos complementares ao laudo, para apresentar o valor para julho de 2011 (data da avaliação inicial), a perita indicou o valor de R\$ 20.308,70.

Para fim de comparação, destaco que, trazido para a data do laudo (outubro de 2015), na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal, o valor inicialmente conferido pelos expropriantes ao imóvel, de R\$ 16.539,00 em julho de 2011, perfaria o montante de R\$ 21.749,82.

Ressaltada essa premissa, destaco que a perita judicial, embora utilizando paradigmas contemporâneos à sua avaliação e, portanto, colhidos anos depois da declaração de utilidade pública fundadora da presente ação, deixou de computar fator que efetivamente traduzisse o impacto gerado por esse ato do Poder Público sobre os imóveis localizados no entorno do Aeroporto Internacional de Viracopos. Ocorre que a importância paga pelo Poder Público pelo imóvel deve corresponder ao valor do bem à época da declaração de sua utilidade pública, sob pena de não caracterizar a chamada justa indenização. A declaração de utilidade pública impacta a realidade imobiliária da área exproprianda, atuando diretamente sobre o valor do bem e, assim, alterando aquele valor que ele ostentava no momento imediatamente anterior à publicação do decreto de desapropriação.

Por essa razão, e porque os elementos amostrais adotados pela perita do Juízo apresentavam características muito diferentes das do lote expropriando, especialmente relacionadas à infraestrutura da região e benfeitorias, rejeito o laudo por ela elaborado.

Também não há falar em acolhimento do valor indicado pelo requerido Ionei, como sendo o valor de aquisição nos idos de 2013 e atualizado para R\$ 54.012,50, pois tal valor não representa a justa indenização apurada no momento em que houve a desapropriação. As alegações acerca de eventual prejuízo na alegada aquisição do imóvel quando já decretada a desapropriação diz respeito à relação jurídica entre os expropriados, não sendo passível de apreciação em sede da presente desapropriação, conforme Decreto 3.365/1941 acima já destacado.

Portanto, no presente caso, acolho a avaliação trazida com a inicial.

(...)

No que concerne ao conceito de justa indenização, equivocou-se o MM Juiz sentenciante quando anota que “a importância paga pelo Poder Público pelo imóvel deve corresponder ao valor do bem à época da declaração de sua utilidade pública”, posto não alcançar o requisito da contemporaneidade entre indenização e avaliação preconizado pela jurisprudência da Corte Superior.

Como consabido, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o valor da indenização, em regra, deve ser contemporâneo à avaliação judicial, conforme disposto no art. 26, caput, do DL 3.365/1941, priorizando o momento da fixação judicial do preço, independentemente da data do decreto expropriatório, da imissão na posse ou da vistoria pelo ente expropriante, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. VALOR DA JUSTA INDENIZAÇÃO. PERÍCIA. CONTEMPORANEIDADE. PRECEDENTES. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. 1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no



CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Inexiste violação do art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem enfrenta a omissão alegada nos embargos de declaração e emite pronunciamento fundamentado, ainda que contrário à pretensão da recorrente. 3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, nas ações de desapropriação direta por utilidade pública, o valor da indenização deve ser, em regra, contemporâneo à avaliação judicial, por refletir melhor o preço do mercado imobiliário na época em que o proprietário foi privado do domínio e da posse de seu bem.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem acolheu o laudo oficial, por não vislumbrar nenhuma excepcionalidade no caso para justificar o afastamento do princípio da contemporaneidade, sendo certo que a revisão do acórdão recorrido atrai a incidência da Súmula 7 do STJ.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1430312/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 19/04/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTEMPORANEIDADE À DATA DA AVALIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. CABIMENTO. RESP 1.116.364/PI E RESP 1.111.829/SP, JULGADOS MEDIANTE O RITO DO ART. 543-C DO CPC/73 (RECURSOS REPETITIVOS).

1. Em desapropriação para fins de reforma agrária, a jurisprudência desta Corte entende que o valor da indenização será contemporâneo à data da avaliação, não sendo relevante a data em que ocorreu a imissão na posse ou a feitura da estimativa do valor do bem, na esfera da Administração.

2. A 1a. Seção do STJ, ao julgar os REsp. 1.116.364/PI e 1.111.829/SP, mediante o rito do art. 543-C do CPC/73, entendeu que a eventual improdutividade do imóvel não afasta o cabimento dos juros compensatórios, os quais devem ser excluídos entre a MP 1.901-30, de 24.9.1999, e a liminar na ADI 2.332/DF, em 13.9.2001; e reduzidos de 12% para 6% no período entre a MP 1.577, de 11.6.1997, e a liminar na ADI 2.332/DF, em 13.9.2001.

3. Agravo Regimental do INCRA parcialmente provido.

(AgRg no Ag 1420306/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 11/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. ART. 26 do DL 3.365/41. CONTEMPORANEIDADE DA AVALIAÇÃO. JUSTA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. EFEITOS DA REVELIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. BASE DE CÁLCULO: DIFERENÇA ENTRE A OFERTA E A INDENIZAÇÃO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Desapropriação por utilidade pública proposta pelo DNIT visando à expropriação do imóvel situado entre as estacas 1981+9,58 a 1982+10,14 (LE), às margens da BR 101, para fins de adequação da capacidade da referida rodovia federal. O DNIT ofertou e depositou o valor de R\$ 47.592,68 pelo imóvel. O Tribunal de origem, acatando o laudo pericial, fixou a indenização no montante de R\$ 56.676,71 (fl. 340, e-STJ).

2. O recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

3. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem (efeitos da revelia e levantamento integral, pelos expropriados, do valor depositado), dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

4. O art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 atribui à justa indenização o predicado da contemporaneidade à avaliação judicial, sendo desimportante, em princípio, o laudo elaborado pelo ente expropriante para a aferição desse requisito ou a data da imissão na posse. AgRg no REsp 1.438.111/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.5.2014; AgRg no REsp 1.436.510/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.4.2014.

(...)

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1397476/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 01/07/2015)

De fato, desde a vigência da Lei n. 2.786/56, a qual alterou a redação do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/41, o valor a ser indenizado deixou de ser contemporâneo à data da declaração de utilidade pública.

Nesta esteira, há de analisar se o laudo pericial produzido em Juízo reflete o preço justo para fins de indenização e se os argumentos trazidos pelas partes são capazes de elidir o seu acolhimento.

Observo que laudo pericial produzido em Juízo utilizou o Método Comparativo Direto de Dados de Mercado, indicado no item 8.2.1 da ABNT - NBR 14.653-1 (2001), com coleta de elementos amostrais que foram homogeneizados.

Anoto, por oportuno, que o Método Comparativo de Dados de Mercado é válido e regulamentado no âmbito da área técnica da construção civil e tratado na NBR nº 14653-1:2001 da Associação Brasileira de Normas Técnicas, consistindo em método usualmente aceito. Confirmam-se os julgados acerca do tema:

**AVALIAÇÃO - EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - LAUDO OFICIAL PRE-VALÊNCIA - MÉTODO INVOLUTIVO E COMPARATIVO - CRITÉRIOS TÉCNICOS USUALMENTE ACEITOS - HOMOLOGAÇÃO CONFIRMADA - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO TÉCNICO-CIENTÍFICO DA IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM INFORMAÇÕES PRESTADAS POR CORRETOR DE IMÓVEIS - RECURSO IMPROVIDO.**

(TJSP; Agravo de Instrumento 9001401-66.2009.8.26.0000; Relator (a): Paulo Roberto de Santana; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª VC F Reg Santana; Data do Julgamento: 28/04/2010; Data de Registro: 11/05/2010)

**RECURSO VOLUNTÁRIO DO DER - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - Ação de desapropriação - (...) A avaliação foi calculada pelos critérios da norma técnica para Avaliação de Imóveis Urbanos - NBR 14.653-2/2004, da ABNT - Sob a ótica da metodologia existem, basicamente, dois métodos de avaliação de glebas urbanizáveis: (i) Método comparativo direto (ii) Método involutivo - Deve ser mantido o laudo pericial judicial se não houve demonstração de erro ou não**

atendimento das normas técnicas - Prevalência da avaliação proposta pelo perito do Juízo, suficientemente fundamentada - Valor da indenização bem fixado em R\$ 1.076.761,40 para março de 2014 (fls. 378/419). Juros compensatórios de 12% sobre a diferença de R\$ 203.761,40 - Admissibilidade - Oferta inicial de R\$ 873.000,00 (fls. 1/10) - Depósito efetuado (25/04/2014) no valor de R\$ 873.000,00 (fls. 127/129) - Laudo pericial judicial prévio (R\$ 679.254,71 - fls. 73/112) - Posteriormente, houve imissão na posse em 14/08/2014 (fls. 138) - Aplicabilidade da Súmula 56 do E. STJ - Incidência de juros compensatórios, uma vez que o valor da indenização não foi inteiramente depositado. Juros moratórios devidos de 6% ao ano, pois, não houve o depósito integral da indenização antes da imissão na posse. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do E. Superior Tribunal de Justiça - Sentença que julgou procedente a ação, mantida - Recurso voluntário do DER - Departamento de Estradas de Rodagem, improvido.

(TJSP; Apelação Cível 4000388-88.2013.8.26.0126; Relator (a): Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Caraguatatuba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/09/2017; Data de Registro: 27/09/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ADOÇÃO DO LAUDO PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. (...) Verifica-se que o perito adotou critério "devidamente recomendado pelas normas, inclusive a Norma de Avaliações do IBAPE, existindo elementos divergentes aplica-se o tratamento por fatores, prescritos no Anexo B da NBR 14.653, visando a homogeneização, obtendo uma amostra segura e passível de comparação". O expert utilizou o Método Comparativo, selecionou ofertas do mercado imobiliário pertencentes à mesma região, aplicou critérios de homogeneização e encontrou para o metro quadrado o valor de R\$ 27,22/m², perfazendo uma indenização no montante de R\$ 28.367,87, que acrescida do valor das benfeitorias, R\$ 12.134,66, chegou ao valor total de R\$ 40,502,33, para outubro de 2010. Não há qualquer indício de incorreção do laudo judicial, o qual demonstra detalhadamente a forma de elaboração dos cálculos e os critérios adotados. (...) 5. Agravo Interno não provido. (AgRg no REsp 1564033/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2016, DJe 05/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. AVALIAÇÃO. METODOLOGIA: MÉTODO COMPARATIVO DE DADOS DO MERCADO. AUSÊNCIA DE ERROS OU EQUÍVOCOS. LAUDO VÁLIDO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. 1. Adotados o método comparativo de dados de mercado para o cálculo do preço do terreno e não constatados erros ou equívocos na confecção do laudo pericial, o valor do imóvel desapropriado deve corresponder ao valor da avaliação pericial porque confeccionado o laudo a partir de critérios objetivos e imparciais que refletem a realidade do mercado imobiliário. 2. Remessa necessária desprovida.

(ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 1229449 0080412-40.1974.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/02/2018 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

Quanto aos elementos comparativos, a perita coletou 11 amostras na mesma região geoconômica do imóvel avaliado, conforme determinam as regras da ABNT, homogeneizando-as, para obtenção de uma amostra mais representativa do mer-

cado imobiliário da região, a exemplo, segundo informam os peritos, do procedimento também adotado no trabalho da Comissão de Peritos Judiciais (CPERCAMP).

Curial destacar que ambos os laudos, o de avaliação inicial apresentado pela INFRAERO e o elaborado em Juízo utilizaram-se das mesmas normas técnicas (ABNT NRB 14653).

Contudo, quando instada pelo magistrado sentenciante a esclarecer qual seria o valor da indenização para julho de 2011 para efeitos de comparação com o valor ofertado, a perita adotou como referência os dados do relatório da Comissão de Peritos Judiciais (CPERCAMP), com valores defasados, obtendo, por conseguinte, valor bem próximo ao do valor ofertado.

Não obstante, entendo pertinente o acolhimento do primeiro laudo pericial produzido em Juízo, pois, reforço, além de revelar o respeito aos ditames do Decreto-lei 3.365/1941, que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública, trata-se de trabalho realizado por profissional técnico equidistante das partes e que goza da presunção de imparcialidade, bem como atende o critério da contemporaneidade.

Não vislumbro nulidades ou desqualificações técnicas no laudo pericial produzido em Juízo.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE AÇUDE. LAUDO PERICIAL. VALOR INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXCESSO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de apelação em face de sentença que julgou parcialmente procedente a ação de desapropriação por utilidade pública, para construção do açude público TRUSSU, condenando o DNOCS ao pagamento de indenização no valor sugerido pelo perito judicial, qual seja, R\$ 8.986,93 (oito mil e novecentos e oitenta e seis reais e noventa e três centavos), além de honorários advocatícios fixados em 3% sobre a diferença entre o valor global fixado na sentença e o valor da oferta, ambos corrigidos monetariamente, nos termos da sentença. 2. Em seu recurso de apelação, o DNOCS sustenta que o laudo pericial é excessivo, que se limitou aos dados informativos existentes nos autos, em face da impossibilidade de vistoriar in loco eis que as terras já se encontravam submersas à época da realização da perícia. 3. A decisão recorrida não carece de qualquer reparo. É que, como muito bem pautado pelo magistrado, não há qualquer mácula no laudo pericial: “diante do laudo pericial bem fundamentado, sendo este firmado por perito da confiança do juízo e equidistante do interesse das partes, é natural o entendimento no sentido de se deferir a desapropriação, devendo ser pago pelo Ente Público interessado o preço da referida avaliação técnica do perito judicial, realizada de forma criteriosa e em consonância com os parâmetros legais, segundo os valores aceitáveis em meio ao mercado.” 4. Além disso, é nesse sentido que o art. 26, do Decreto-lei nº. 3.365/41 dispõe que a indenização deve ser fixada com base em valores apurados na avaliação, ratificando os termos da sentença, que está de acordo com o entendimento desta 4ª Turma: (PROCESSO: 200981010001036, APELREEX34837/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, Quarta Turma, JULGAMENTO: 23/01/2018, PUBLICAÇÃO: DJE 29/01/2018 - Página 91) 5. Apelo desprovido. (AC - Apelação Cível - 592481 0017469-66.1996.4.05.8102, Desembargador Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::04/06/2018 - Página::81.)

APELAÇÃO CÍVEL. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INFRAERO. UNIÃO. MUNICÍPIO DE CAMPINAS. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONTEMPORÂNEO À DATA DA AVALIAÇÃO. VALOR DE MERCADO. ACOLHIMENTO DO LAUDO DOS PERITOS DO D. JUÍZO. JUROS COMPENSATÓRIOS NO PATAMAR DE 6%. JUROS DE MORA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NOS TERMOS DO DECRETO-LEI 3.365/41. REEMBOLSO DAS DESPESAS PROCESSUAIS. RECURSO PROVIDO. 1. A demanda foi ajuizada pelo Município de Campinas, pela Infraero e pela União em face de Espólio de Carmélia Maria da Conceição e F.M. Empreendimentos Imobiliários Ltda., visando à desapropriação por utilidade pública do imóvel de 1.014 m<sup>2</sup>, correspondente ao lote 12 da quadra B, das Chácaras Vista Alegre, em Campinas/SP, para fins de ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos. ofertando, a título de indenização, a quantia de R\$ 280.016,00, para agosto/2011. 2. A sentença julgou procedente a ação, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para declarar o imóvel em questão incorporado ao patrimônio da União, mediante pagamento de indenização no valor da oferta (R\$ 280.016,00, para agosto/2011), sobre o qual incidirá correção monetária, nos termos Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. 3. Em suas razões recursais, a F.M. Empreendimentos Imobiliários Ltda. requer: a) a majoração do valor da indenização; b) a fixação de juros compensatórios e de juros moratórios; c) o reembolso das custas e despesas processuais, inclusive honorários do perito judicial e do assistente técnico; d) fixação de honorários advocatícios. 4. O direito à propriedade é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII, e consiste no direito de usar, fruir e dispor de bem móvel ou imóvel, sendo oponível erga omnes. A legitimação de tal direito decorre da finalidade da propriedade, devendo esta, portanto, atender a sua função social (inciso XXIII do artigo 5º supra). 5. Com efeito, a desapropriação é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada, que pode se dar por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, e, em todos os casos, mediante justa e prévia indenização (artigo 5º, XXIV, da CF). 6. No caso, o perito judicial apurou o valor total do imóvel em R\$ 451.068,55, para novembro/2014, sendo R\$ 173.739,27 relativos ao terreno e R\$ 277.329,28 à terra nua. 7. Ocorre que o MD. Juízo a quo deixou de acolher o referido laudo, sob o fundamento de que, além dos peritos terem se fundado na equivocada premissa de que o imóvel era rural, adotaram paradigmas e fator de ajuste ao mercado contemporâneos à sua avaliação, sendo que “a importância paga pelo Poder Público pelo imóvel deve corresponder ao valor do bem à época da declaração de sua utilidade pública (...)”. 8. Todavia, merece reparos a r. sentença nesse ponto. 9. O artigo 12, §2º, da LC nº 76/93 dispõe que o montante da indenização, a ser estabelecido em sentença, deverá corresponder ao valor apurado na data da perícia, ou ao consignado pelo juiz, corrigido monetariamente até a data de seu efetivo pagamento. 10. Nessa senda, a redação do artigo 26 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, no sentido de que o valor da indenização será contemporâneo à avaliação, deve ser interpretada de maneira ampla, em conjunto com o que dispõe o artigo 12 supra, extraindo-se, assim, que a “avaliação” a que se refere se trata, na verdade, do laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, e não da avaliação administrativa. Precedentes. 11. Ademais, observa-se que, para apurar o valor do imóvel, os peritos adotaram o método evolutivo, pelo qual “o valor de mercado do imóvel é obtido através da composição do valor do terreno com o custo de reprodução das benfeitorias devidamente depreciado e o fator de comercialização”, fator este “inferido no mercado da região, a partir de imóveis similares”. Outrossim, “as benfeitorias foram estimadas com



a utilização do estudo 'Valores de Edificações de Imóveis Urbanos', do IBAPE/SP". 12. Além disso, intimados a prestarem esclarecimentos, os peritos assinalaram que "a diferença obtida pela simples correção monetária dos valores inicialmente apresentados na inicial com data de 2010 para data de 2014, com os valores atuais obtidos no mercado também não pode ser atribuída mera e simplesmente ao alegado fator especulativo. Nesse período houve uma valorização do mercado imobiliário, o que é diferente de especulação imobiliária". 13. Diante disso, claro está que não prospera o fundamento adotado pela r. sentença para acolher o valor da oferta, qual seja, o fato deste não destoar das "diretrizes e critérios estabelecidos pela Comissão de Peritos Judiciais de Campinas - CPER-CAMP, nomeada pela Portaria Conjunta nº 01/2010 (...) para o fim de estabelecimento de valores unitários dos imóveis atingidos pela ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos", uma vez que a aplicação dos critérios da CPERCAMP, instituídos em 2010, desprezaria a valorização do mercado imobiliário de Campinas/SP ocorrida até 2014 (data do laudo) 14. Assim, conforme bem consignado pelos peritos, no cálculo do valor do imóvel, deve-se levar em consideração a valorização do mercado imobiliário local, o que não se confunde com especulação imobiliária. Precedente. 15. Cumpre assinalar, também, que o laudo pericial foi elaborado por profissionais competentes, de confiança do Juízo e equidistantes das partes, não havendo nada nos autos que possa desabonar o trabalho de ambos. Ao contrário, os peritos apresentaram laudo minucioso e prestaram novos esclarecimentos às partes, quando solicitados. Precedente. 16. Dessa forma, acolhe-se o valor da indenização apontado pelos peritos do D. Juízo, qual seja, R\$ 451.068,55, para novembro/2014, que deverá ser corrigido pelos índices de correção monetária previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. 17. No que se refere aos juros compensatórios, a Medida Provisória n. 1.577, de 11-06-1997, contrariando os termos da Súmula 618 do STF, que determina a incidência de juros compensatórios no patamar de 12% a.a., impôs a aplicação dos referidos juros no percentual de 6% a.a. sobre o valor da diferença eventualmente apurada entre a oferta e a indenização, a contar da imissão na posse. A referida MP foi sucessivamente reeditada até a MP nº 2.183-56 de 27-08-01, que, reproduzindo os textos anteriores, incluiu o artigo 15-A no Decreto-Lei nº 3365/41. 18. Ocorre que a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano", constante no citado artigo, foi suspensa por decisão proferida pelo Pleno do C. STF, publicada em 13-09-2001, que deferiu a liminar nos autos da ADI n. 2.332. 19. Diante disso, o C. Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão no Recurso Especial nº 1.111.829/SP, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973, pacificou o entendimento de que os juros compensatórios em desapropriação devem incidir no patamar de 6% ao ano, no período de vigência da MP nº 1.577/97. Outrossim, editou a Súmula 408, consolidando tal entendimento em relação à forma de aplicação dos juros compensatórios nas ações de desapropriação. 20. Todavia, em 17/05/2018, o C. Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento da ADI nº 2332, decidindo, em relação ao caput do artigo 15-A do Decreto-Lei 3.365/41: a) reconhecer a constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% a.a.; b) declarar a inconstitucionalidade do vocábulo "até"; c) interpretá-lo conforme a Constituição, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% do preço ofertado e o valor do bem fixado na sentença. 21. Assim, considerando a aplicabilidade imediata das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, os juros compensatórios devem incidir no patamar de 6% a.a., a partir da edição da MP 1.577/1997. Desta feita, no caso dos autos, tendo em vista que a imissão na



posse se deu em momento posterior à edição da MP 1.577/1997, os juros compensatórios devem incidir no patamar 6% a.a., sobre a diferença entre 80% do valor da oferta e o valor da indenização fixado neste Tribunal. 22. Os juros de mora devem incidir no patamar de 6% a.a., a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição, sobre o valor atualizado da indenização fixada neste Tribunal, nos termos do artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, incluídos os juros compensatórios, nos termos das Súmulas 12 e 102 do C. STJ. 23. Os honorários sucumbenciais, nas ações de desapropriação, devem ser fixados em conformidade com a regra disposta no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, com redação dada pela MP nº 1.997-37/2000, posteriormente reeditada para a MP nº 2.183-56/2001. 24. Com efeito, a sentença proferida após a edição da citada Medida Provisória, que fixar indenização em valor superior ao preço inicialmente oferecido, deverá condenar o expropriante a pagar honorários advocatícios no patamar de 0,5% (meio por cento) a 5% (cinco por cento) sobre o valor da diferença. 25. Ademais, respeitado o parâmetro estabelecido no mencionado Decreto-Lei, o arbitramento dos honorários deve se pautar em uma apreciação equitativa dos critérios contidos no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973 (§8º do artigo 85 do CPC/2015). 26. Sendo assim, com base nos referidos critérios, bem como tendo em vista que, apesar do zelo demonstrado pelos patronos dos expropriados, a causa não demonstrou complexidade incomum, fixa-se a verba honorária em 3% (três por cento) sobre a diferença entre o valor total da indenização e o valor inicialmente ofertado. Assinale-se, outrossim, que, nas ações de desapropriação, incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas, nos termos da Súmula 131 do STJ. 27. Além dos honorários advocatícios, são ônus do processo e devem ser suportadas pelo vencido, nos termos do artigo 82, §2º, e artigo 84, ambos do CPC, as despesas que o vencedor antecipou, entre elas, os honorários de seu assistente técnico. 28. Não conhecido o pedido de reembolso dos honorários periciais, posto que estes foram pagos pela INFRAERO. 29. Apelação a que se dá provimento. (ApCiv 0006661-37.2013.4.03.6105, Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019.)

Destarte, deve ser o acolhido o primeiro laudo técnico da perita judicial, em vista do seu valor probante, devendo ser indenizada pelo valor apurado em 2015 e não pelo valor apurado quando do decreto expropriatório, que deverá ser corrigido nos exatos termos em que determinados pela r. sentença e observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

*Do levantamento dos valores - comprovação do direito sobre o imóvel*

No que se refere ao levantamento dos valores, determinou o MM Juiz *a quo*:

(...) Após, intime-se a parte expropriada acerca do interesse no levantamento do valor depositado, devendo os requeridos/interessados apresentarem documentação que comprove o seu direito ao imóvel. No silêncio, o valor permanecerá depositado, aguardando provocação dos expropriados/interessados ou de eventuais sucessores.(...)

Quanto ao ponto o apelante alega que a jurisprudência majoritária nacional admite o levantamento da indenização mesmo por quem detém apenas a posse

do imóvel, sem a prova da propriedade, quando não há oposição pelo titular que consta no registro imobiliário e/ou terceiros.

Refere que, na hipótese, “resta comprovado que o legítimo proprietário do imóvel é o Sr. Ionei, ora Apelante, haja vista possuir o domínio e a posse do bem, diante do contrato de compra e venda firmado, bem como somado ao fato da confirmação do vendedor, Sr. Jaime, o que por si só, confere ao Apelante a legitimidade para receber a indenização, não sendo necessário, portanto, o registro de tal instrumento na matrícula do imóvel”.

Compulsando os autos, verifica-se que o documento que supostamente comprova a titularidade do imóvel por parte do apelante consiste em uma simples “declaração de sinal de negociação de Compra e Venda de Terreno”, conforme se observa à fl. 114.

Note-se que em sede de Agravo de Instrumento n. 0000344-34.2015.4.03.0000 (fls. 235 e ss – ID 165586636), esta Corte consignou ser “inafastável a necessidade do registro da promessa para que se torne o promitente comprador titular de direito real e, então, possa exercê-lo *erga omnes*”.

Logo, não obstante a confirmação de JAYME FERNANDES DELGADINHO sobre a venda do imóvel objeto desta desapropriação a IONEI CÉSAR LEITE, pertinente a manutenção da determinação contida na sentença para que “os requeridos/interessados apresentarem documentação que comprove o seu direito ao imóvel”.

Mantida a sentença quanto ao ponto.

#### *Honorários advocatícios*

Os honorários advocatícios, nas demandas expropriatórias, devem ser fixados em conformidade com a lei vigente à época da prolação da sentença, no caso, entre 0,5% (meio por cento) e 5% (cinco por cento) do valor da diferença entre a oferta e a indenização (art. 27, § 1º, do DL nº 3.365/1941, com a redação da MP nº 2183-56, de 24/08/2001).

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. VIOLAÇÃO ALEGADA AOS ARTS 535, II DO CPC, 15-A, 27, § 1º, DO DECRETO-LEI 3.365/41. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. JUROS COMPENSATÓRIOS. PERCENTUAL APLICÁVEL. MP 1.577/97 E REEDIÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO EM QUE PROLATADA A SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 5. A fixação dos honorários advocatícios rege-se pela lei vigente ao tempo em que prolatada a sentença que os impõe. Proferida a sentença em 27 de julho de 2001, deve o percentual dos honorários advocatícios amoldar-se aos limites estabelecidos pela nova redação do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, de (meio a cinco por cento) da diferença entre o valor ofertado e o determinado judicialmente. 6. Recurso Especial conhecido e provido para aplicar os artigos 15-A e 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte (*juros* compensatórios de 6% durante a vigência da MP 1.577/97 e 12% após a suspensão dessa norma por decisão do STF) e fixação dos honorários advocatícios em 5% da diferença entre o valor ofertado e o determinado judicialmente. (STJ, REsp nº 591935/RJ, 2ª Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ 03/04/07)

PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. *DESAPROPRIAÇÃO* INDIRETA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECRETO-LEI Nº 3.365/41, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP Nº 2.027-38 E SUAS REEDIÇÕES. SÚMULA 83/STJ. [...]. 3. A Medida Provisória nº 1.997-37, de 11.04.00, reeditada por último sob o nº 2.183-56, de 24.08.01, estabeleceu, no art. 27, que o percentual de verba de honorários de advogado não pode ultrapassar 5% da base de cálculo já consagrada. Precedentes da Turma. 4. [...]. 5. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp nº 815229/SP, 2ª Turma, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 18/05/2007)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE *DESAPROPRIAÇÃO*. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS.

1. Os *juros moratórios* fluem a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ocorrer. [...]. 2. Os limites de 0,5% e 5% para os honorários advocatícios, previstos no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941, aplicam-se às sentenças proferidas após a publicação da MP 1.997-37/2000. 3. Recurso Especial provido.

(STJ, REsp nº 200900981576, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE 11/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. *DESAPROPRIAÇÃO*. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. REGIME ESTABELECIDO PELO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941. LIMITE DE 5% DA DIFERENÇA ENTRE A INDENIZAÇÃO E O DEPÓSITO INICIAL. APELAÇÃO PROVIDA.

I. A Furnas Centrais Elétricas S/A, como subsidiária da Eletrobrás, é uma sociedade de economia federal, cujos interesses não estão sob o alcance da remessa oficial (artigo 475 do Código de Processo Civil). II. Nas desapropriações por necessidade ou *utilidade* pública, a definição dos honorários de advogado segue um regime especial, que, além de prever como base de cálculo a diferença entre a indenização e o depósito inicial, estabelece o limite mínimo de 0,5% e o máximo de 5% (artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001). III. Os critérios que orientam a escolha do patamar certo são os mesmos do artigo 20, §4º, do CPC. IV. O processo tramita há mais de 25 anos e assumiu uma complexidade considerável, com a produção de duas perícias. V. É razoável que a remuneração do profissional corresponda ao teto, ou seja, a 5% da diferença entre a indenização e o valor pago pela imissão provisória na posse. VI. Apelação a que se dá provimento.

(TRF-3, AC nº 00199913019874036100, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2013)

Com efeito, para a fixação de percentual, aplicam-se os parâmetros do art. 85, do CPC/15, de modo a autorizar a apreciação equitativa, atendidos os requisitos de grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço.

Outrossim, é mister que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do insti-

tuto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual (REsp nº 1.111.002/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado na sistemática do art. 543-C, do CPC/73).

Na hipótese, reformada parcialmente a sentença com o acolhimento do valor obtido pelo laudo pericial, acarretando diferença, propriamente dita, entre o valor ofertado e a quantia arbitrada, fixo o percentual de 2% a título de honorários advocatícios, considerando o zelo demonstrado pelos patronos.

*Dispositivo*

*Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo para acolher o laudo técnico pericial produzido em Juízo.*

É o voto.

**VOTO**

Pedi vista dos autos para uma melhor análise da questão posta e, tendo apreciado o feito de maneira mais detida, venho a acompanhar integralmente o eminente Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0011926-30.2016.4.03.6100**

Apelante: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS  
 Apelada: DNIT - DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA  
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 26/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – DNIT – ACIDENTE DE VEÍCULO – ANIMAL NA PISTA – CONDUTA OMISSIVA – ART. 37, § 6º, DA CF – APLICABILIDADE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANOS MATERIAIS – SEGURADORA – DIREITO DE REGRESSO – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA – RESSARCIMENTO DEVIDO – HONORÁRIOS.

1. Incumbe ao DNIT tomar todas as medidas necessárias para prevenir acidentes e assegurar a segurança dos usuários (art. 82 da Lei nº 10.233/01), do que deflui sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.
2. Incidência da regra geral de prescrição prevista para as pretensões formuladas em face da Fazenda Pública, estabelecida no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32. Considerando que a presente ação foi ajuizada em 25/05/2016, isto é, menos de 5 (cinco) anos após a ocorrência do acidente (18/03/2012), não há que se falar em prescrição da pretensão indenizatória.
3. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.
4. Na hipótese de omissão, melhor refletindo sobre a questão, entendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional.
5. *In casu*, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, não remanescem dúvidas de que o acidente foi causado pela existência de animais na pista.
6. Competia ao DNIT, nos termos de suas competências legais, promover a manutenção e restauração das vias, sob pena de transferir integralmente à vítima o ônus de suportar acidentes dessa natureza.
7. Não demonstrada a conduta culposa do condutor do veículo, ônus que incumbia ao réu (art. 373, II, CPC).
8. Afirmada a responsabilidade do réu pelo acidente automobilístico – e, conseqüentemente, pelos danos materiais daí decorrentes –, impõe-se sua

condenação ao ressarcimento do valor despendido pela seguradora, *ex vi* do art. 786 do Código Civil.

9. No tocante à correção monetária e aos juros moratórios, de rigor a incidência a partir da data do pagamento da indenização pela seguradora, a teor das Súmulas 43 e 54 do C. STJ.

10. Condeno a parte ré ao pagamento da verba honorária de 10% sobre o valor corrigido da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

11. Apelação provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA (RELATOR).

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum, ajuizada por Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais em face do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, com o objetivo de reaver, no exercício do direito de regresso, quantia paga por força de contrato de seguro veicular.

De acordo com a inicial, a autora firmou contrato de seguro com a Prefeitura Municipal de João Monlevade, na modalidade RCFV Auto – Responsabilidade Civil de Proprietário de Veículo Automotor de Via Terrestre –, por meio do qual se obrigou a garantir o veículo de marca Fiat, modelo Ducato Furgão, ano 2009, placa HLF-1720, contra, dentre outros, riscos oriundos de acidentes de trânsito.

Narra-se que, em 18/03/2012, o veículo assegurado pela autora, conduzido por Marcos Vinicius Araujo, trafegava pela BR-381, quando, na altura do km 457, foi surpreendido pela existência de animal na pista e, não tendo tempo hábil para desviar, acabou atingindo-o. Considerando as avarias no veículo, foi necessário o pagamento de indenização parcial ao segurado.

Aduz-se que, por negligência do réu, teve de suportar o prejuízo de R\$ 11.089,79 (onze mil e oitenta e nove reais e setenta e nove centavos), consubstanciado no valor do conserto do veículo com o abatimento do valor pago a título de franquia.

Nesse sentido, com espeque nos art. 786 do CC, requer o ressarcimento do montante despendido.

Com a inicial, foram juntados documentos.

Regularmente citado, o DNIT contestou o feito. Suscitou, inicialmente, as preliminares de prescrição e de ilegitimidade passiva *ad causam*, considerando



a responsabilidade do dono do animal e da Polícia Rodoviária Federal. No mérito, aduziu, em síntese, não estar demonstrada a relação de causalidade entre a omissão e o dano, tampouco o dolo ou culpa na provocação do acidente. Subsidiariamente, insurgiu-se contra os valores pleiteados e contra o cômputo dos juros de mora e correção.

Em réplica, a autora rebateu os termos da contestação.

A sentença julgou improcedente o pedido, considerando não restar demonstrada qualquer omissão ou negligência do réu. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor corrigido da causa.

Em apelação, a autora pugnou a reforma da decisão, reiterando a argumentação expendida na exordial.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

É o relatório.

### **VOTO**

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA (RELATOR).

Inicialmente, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

Consoante dispõe o artigo 82, inciso I, da Lei nº 10.233/01, compete ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacionais, sinalização, manutenção ou conservação, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações. Nesse passo, no exercício de suas atribuições, o DNIT deve tomar todas as medidas necessárias para prevenir acidentes e assegurar a segurança dos usuários.

Essa atribuição, frise-se, em nada se confunde com aquela conferida à Polícia Rodoviária Federal, a quem incumbe realizar o patrulhamento ostensivo das rodovias federais, (art. 144 da CF e art. 1º do Decreto nº 1.655/95), executando operações relacionadas com a segurança pública.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedente desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANO AO VEÍCULO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O DNIT é o órgão responsável pela administração das rodovias federais e possui o dever jurídico de garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias, razão pela qual a responsabilidade do dono do animal, prevista no art. 936 do Código Civil, não afasta a da Administração Pública, em especial quando ausente identificação do primeiro, como no caso, e verificada a existência de relação do dano com a prestação do serviço público.

2. Da mesma maneira, à Polícia Rodoviária Federal compete apenas o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de

trânsito, bem como a atuação no combate à criminalidade, nos termos do artigo 1º do Decreto 1.655/1995, e não a retirada de animais e obstáculos que se coloquem nas pistas de rolamento de estradas federais.

3. Segundo o Boletim de Acidente de Trânsito, a conservação da pista de rolamento era boa, mas não havia defesa na rodovia e a cerca estava danificada.

4. Aliás, ainda que a rodovia esteja em boas condições de trafegabilidade, como é o caso dos autos, dificilmente o condutor teria tempo de desviar de animais de grande porte que interceptam seu caminho, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade.

5. Com efeito, deixar de fiscalizar corretamente rodovias federais destinadas a intenso, pesado e rápido tráfego de veículos, sem dúvida alguma revela uma relação objetiva de causa e efeito, demonstrando falta de cuidado e de zelo com o patrimônio público e com o direito dos usuários de tais vias.

6. *In casu*, inequívoca a lesão a direito patrimonial da autora, que arcou com o pagamento do seguro pelos danos materiais sofridos com o sinistro veicular, sub-rogando-se nos direitos respectivos.

7. O DNIT tem a obrigação, assim, de ressarcir o prejuízo à autora, sem embargo do direito da autarquia de reaver do terceiro, proprietário ou detentor do animal, o que de direito, em ação própria.

8. É de rigor a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos materiais à autora, no valor de R\$ 17.780,00 (dezessete mil, setecentos e oitenta reais), acrescidos de juros de mora e correção monetária, além dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

9. Precedentes.

10. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5021516-72.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 18/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/10/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ANIMAL EM RODOVIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. PRECEDENTES.

1. Na ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/1973, a violação de lei deve ser direta e evidente, descabendo a utilização desse instrumento para mera re-discussão da causa ou questionamento de interpretação legal possível.

2. No caso, o acórdão recorrido registrou que, nos termos da jurisprudência estabelecida naquela Corte, deve o DNIT responder pelo dano material advindo do acidente provocado por animal na pista. Por outro lado, da legislação invocada pela parte - arts. 80, 81 e 82 da Lei n. 10.233/2001, 20 da Lei n. 9.503/1997, 936 do Código Civil e 37 da Constituição Federal/1988 -, não é possível extrair, *ictu oculi*, a irresponsabilidade do recorrente pelo evento danoso.

3. Segundo o posicionamento desta Corte Superior, a União e o DNIT possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação reparatória proposta com fundamento na ocorrência de acidente automobilístico em rodovia federal.

4. Recurso especial a que se nega provimento, com majoração dos honorários advocatícios, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015”

(RESP 201602245720, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/02/2017 ..DTPB:.)

Da mesma forma, em nada socorre o apelante a imputação de responsabilidade ao dono ou detentor do animal atropelado (art. 1.527 do CC/16; art. 936 da atual Lei Civil). Isso porque a responsabilidade do ente público somente poderia ser elidida caso comprovada a culpa exclusiva de terceiro, circunstância efetivamente não verificada na espécie, em que sequer foi apurada a sua identidade. De toda sorte, faculta-se ao demandado agir regressivamente em face de eventual responsável pelo animal.

Na mesma senda, destaco a seguinte decisão do C. STJ, em particular:

Em relação à suposta responsabilidade do dono do animal, como bem asseverou a Corte de origem, "tanto a pretensão de incluir no pólo passivo da ação o proprietário do animal (não identificado nos autos), cuja responsabilidade não foi suscitada na inicial, como a de invocar em defesa a culpa deste, para elidir responsabilidade objetiva imputável à autarquia, é descabida, sob pena de modificação do próprio fundamento da demanda.

Resta-lhe apenas a ação ordinária de regresso, com fundamento na *actio iudicati*, para buscar o reembolso. Nem se cogite de culpa exclusiva de terceiro (no caso, o proprietário do animal) a excluir a responsabilidade do DNER. A causa do acidente foi o surgimento de um cavalo na pista, exsurgindo a obrigação de indenizar à autarquia de sua omissão, eis que permitiu acesso de animal à rodovia e não advertiu os motoristas da existência de perigo" (fl. 119).

(Recurso Especial nº 200200688151, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:02/08/2006 PG:00237)

Por fim, melhor sorte não socorre ao apelado quanto à alegação de prescrição.

No presente caso, de rigor a incidência da regra geral de prescrição prevista para as pretensões formuladas em face da Fazenda Pública, estabelecida no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, com os seguintes contornos:

"Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem."

Considerando que a presente ação foi ajuizada em 25/05/2016, isto é, menos de 5 (cinco) anos após a ocorrência do acidente (18/03/2012), não há que se falar em prescrição da pretensão indenizatória.

Passo à análise do mérito.

De acordo com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o Estado responde por comportamentos comissivos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Transcrevo:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Em se tratando de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, prescindindo a responsabilidade objetiva da comprovação de culpa do agente.

Assevera Hely Lopes Meirelles (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 32ª Edição, Editora RT, 2006, p. 654):

"Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa".

(...)

"Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor, pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins."

Particularmente na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ sempre apontou ser o caso de responsabilidade subjetiva.

Não obstante, é necessário não perder de vista a posição que o C. Supremo Tribunal Federal vem assumindo diante da matéria *sub examine*, conforme se depreende das ementas abaixo transcritas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR.

1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE.

2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício.

4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: "Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais

irregularidades praticadas pelo particular". 5. Recurso extraordinário desprovido. (RE 136861, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-011 DIVULG 21-01-2021 PUBLIC 22-01-2021)

**EMENTA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.**

1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

2. A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

3. Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.

4. A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, por ausência do nexo causal.

5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada".

(RE 608880, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020)

Ademais, cumpre destacar que o C. Superior Tribunal de Justiça também já aplicou a responsabilidade objetiva à hipótese de omissão do Estado. Confira-se:

**ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. FALCIMENTO DE ADVOGADO NAS DEPENDÊNCIAS DO FÓRUM. MORTE CAUSADA POR DISPAROS DE ARMA DE FOGO EFETUADOS POR RÉU EM AÇÃO CRIMINAL. OMISSÃO ESTATAL EM ATIVIDADE DE RISCO ANORMAL. ART. 927, PARÁGRAFO**

**ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. HISTÓRICO DA DEMANDA**

1. Cuida-se, na origem, de “ação de indenização” em que se buscam o reconhecimento da responsabilidade civil e a condenação da Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento de danos materiais e morais em virtude do falecimento de advogado dentro do Fórum de São José dos Campos, decorrente de disparo de arma de fogo efetuado por réu em processo criminal, no qual a vítima figurava como patrono da parte autora. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos. O Tribunal de origem, por sua vez, reformou o decisum por entender que “não restou evidenciado (art. 333, I do CPC), à luz dos elementos trazidos aos autos, o nexo de causalidade a gerar a responsabilidade civil do Estado.” **NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ**

2. Os fatos foram devidamente descritos no acórdão impugnado, razão pela qual não incide o óbice da Súmula 7/STJ no conhecimento do recurso. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO: HIPÓTESE EXCEPCIONAL QUANDO CARACTERIZADO RISCO ANORMAL DA ATIVIDADE**

3. A regra geral do ordenamento brasileiro é de responsabilidade civil objetiva por ato comissivo do Estado e de responsabilidade subjetiva por comportamento omissivo. Contudo, em situações excepcionais de risco anormal da atividade habitualmente desenvolvida, a responsabilização estatal na omissão também se faz independentemente de culpa.

4. Aplica-se igualmente ao Estado a prescrição do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, de responsabilidade civil objetiva por atividade naturalmente perigosa, irrelevante seja a conduta comissiva ou omissiva. O vocábulo “atividade” deve ser interpretado de modo a incluir o comportamento em si e bens associados ou nele envolvidos. Tanto o Estado como os fornecedores privados devem cumprir com o dever de segurança, ínsito a qualquer produto ou serviço prestado. Entre as atividades de risco “por sua natureza” incluem-se as desenvolvidas em edifícios públicos, estatais ou não (p. ex., instituição prisional, manicômio, delegacia de polícia e fórum), com circulação de pessoas notoriamente investigadas ou condenadas por crimes, e aquelas outras em que o risco anormal se evidencia por contar o local com vigilância especial ou, ainda, com sistema de controle de entrada e de detecção de metal por meio de revista eletrônica ou pessoal.

5. A Resolução 104, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça determinou o controle de acesso das pessoas aos Tribunais, bem como a instalação de aparelhos de detecção de metal nas áreas de ingresso nos prédios dos fóruns. É incontestável nos autos que a porta do Fórum com detector de metal encontrava-se avariada e que não havia seguranças na entrada do estabelecimento público que pudessem inspecionar os que adentrassem o local.

6. Ademais, também presente o nexo causal, apto a determinar a responsabilização do Poder Público no caso concreto. Se não fosse por sua conduta omissiva, tendo deixado de agir com providências necessárias a garantir a segurança dos magistrados, autoridades, servidores e usuários da Justiça no Fórum Estadual, o evento danoso não teria ocorrido. É certo ainda que a exigência de atuação nesse sentido - de forma a impedir ou, pelo menos, dificultar que réu em Ação Penal comparecesse à audiência portando arma de fogo - não está, de forma alguma, acima do razoável. **CONCLUSÃO**

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1869046/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 26/06/2020)



Refletindo sobre a questão, tenho por despicienda, para fins de aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, a distinção entre atos comissivos e omissivos.

Na verdade, se após a análise da extensão do dever de agir e da real possibilidade de impedimento do resultado, concluir-se pela irrelevância da conduta omissiva, sequer emerge a responsabilidade do Estado. De outro lado, comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será sempre objetiva, a teor do precitado artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Essa solução, vale frisar, prima pela conveniência de homenagear o texto constitucional, o qual não aparta, para fins de aplicação da responsabilidade sem culpa, os casos em que o prejuízo advém de comportamento positivo dos agentes públicos das hipóteses em que o dano deflui de conduta negativa.

Esse, aliás, o escólio de Yussef Said Cahali (*in* Responsabilidade Civil do Estado, 2ª edição, ampliada, revista e atualizada, 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1996, p. 286), cuja lição reproduzo:

“Por outro lado, desde que exigível da Administração a execução da obra ou prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a idéia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido.

A questão, portanto, desloca-se para o âmbito da exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em se de exigibilidade da obra não executada ou do serviço não prestado.

Notoriamente elástico o conceito de exigibilidade do ato estatal, no caso, a carga de subjetivismo que caracteriza a sua identificação é que terá induzido alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquisição necessária do elemento ‘culpa ou dolo’.

Na amplitude conceitual de conduta estatal exigível, embora se pretenda comportar as causas da obrigação ‘à lei, ao contrato ou ato ilícito’ (Toshio Mukai), mais adequadamente se permite identificar na causa da obrigação indenizatória o ‘descumprimento de um dever jurídico estatal’ (Celso Antônio Bandeira de Mello); aliás, a própria inexigibilidade da conduta administrativa pretendida, desqualificando a noção de ‘dever jurídico’, para transformá-la em obrigação convencionalmente natural, conceitualmente não exigível.”

Importa anotar que a noção estrita de causa, concebida como nexos físico entre conduta e resultado (visão mecanicista), não tem aplicação às hipóteses de responsabilidade por omissão, porquanto a abstenção não tem o condão de engendrar alterações no mundo fenomênico, *a priori*.

Todavia, existindo dever de agir imposto por lei, a conduta omissiva ganha relevância na cadeia fática, podendo gerar efeitos jurídicos diretos e imediatos, consistentes na obrigação de indenizar. Dessarte, sob o prisma lógico-jurídico, poder-se-ia falar em nexos de causalidade normativo.

Na mesma senda, os seguintes precedentes das Cortes Regionais:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA SOFRIDA POR PASSAGEIRA NA SALA DE EMBARQUE DO AEROPORTO DE BRASÍLIA. ATENDIMENTO MÉDICO SUBSEQÜENTE. ALEGADA DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, DESDE O INGRESSO DA PASSAGEIRA NA SALA DE EMBARQUE ATÉ O TRATAMENTO MÉDICO NO HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS. DANO DECORRENTE DE OMISSÃO. CAUSALIDADE NORMATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA.

1. Alega-se que as filhas da Autora não puderam acompanhá-la até a sala de embarque do Aeroporto de Brasília, local em que, desassistida, sofrera uma queda, não tendo recebido em seguida o devido socorro. Atribui-se, por isso, à INFRAERO e à TAM - Serviços Aéreos Regionais omissão na prestação do serviço de transporte aéreo de passageiros.

2. Só é causal a omissão quando haja o dever de impedir o resultado (causalidade normativa). Esse dever de impedir o evento danoso tem origem: a) em um mandamento expresse ou tácito da ordem jurídica (Constituição, lei, norma infralegal ou direito costumeiro, que imponham obrigação de cuidado, proteção ou vigilância); b) na submissão particular do agente a essa espécie de obrigação (contrato ou posição de garante); c) em comportamento anterior que crie o risco de ocorrência do resultado.

3. Na sentença, foi colocado em evidência que o "Manual do Usuário do Transporte Aéreo", trazido aos autos pela própria Autora, estabelece que "passageiros com problemas de saúde devem solicitar à empresa aérea, de forma antecipada, o atendimento especial durante toda a viagem. A solicitação deve ser acompanhada de informações sobre a necessidade do uso de macas, cadeiras de rodas, ambulância etc".

4. Essa providência não foi tomada e a própria Autora diz, em seu depoimento, que "anda normalmente, não tem quaisquer problemas de desequilíbrio". Não havia, pois, obrigação especial, particularmente da INFRAERO, de acompanhamento da Autora.

5. No mais, não ficou provada ausência de assistência normal, que se dá a todos os passageiros, até o momento em que aconteceu o acidente. Da mesma forma, em seguida ao evento, foi dado atendimento compatível com as circunstâncias ou, no mínimo, não está demonstrado que o atendimento tenha sido inferior à média que se espera em tais situações.

6. Negado provimento à apelação.

(AC 199834000284447, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, 29/10/2009)

PROCESSUAL PENAL E PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - CRIME AMBIENTAL - ART. 54, §2º, II, da LEI Nº 9.605/98 C/C OS ARTIGOS 13, § 2º, "A" E 29, DO CÓDIGO PENAL - DENÚNCIA COM RELAÇÃO À AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO NÃO RECEBIDA - AUSÊNCIA DE PROVA DE ELEMENTOS SUFICIENTES DE AUTORIA.

I - A Agência Nacional do Petróleo - ANP foi denunciada, pois segundo narra a denúncia, a autarquia não observou o dever legal de fiscalizar satisfatoriamente a base petrolífera Vila Carioca da Shell do Brasil a fim de evitar o dano ambiental (crime omissivo impróprio).

II - A ANP tem o dever legal de fiscalizar diretamente, ou por meio de convênios, as atividades da indústria de petróleo.

III - A fim de que a ANP seja responsabilizada na esfera penal por omissão deve

estar comprovado que havia a possibilidade de agir para evitar o resultado, assim como deve haver um nexo de causalidade normativa entre o fato e a omissão.

IV - Embora a ANP tivesse ciência de que tinha o dever de agir, não há nos autos nenhum elemento de prova demonstrando que a ANP tivesse conhecimento da situação fática.

V - Os empregados da empresa contratada pela ANP para a realização da fiscalização, estão sendo acusados de terem elaborado relatório atestando a total regularidade da base da Vila Carioca, quando esta não a era real situação fática. Diante deste relatório, a ANP não tinha como ter o conhecimento de que era necessário tomar atitudes para impedir o resultado danoso.

VI - Em razão da inexistência de prova do dolo abrangente, e, por conseguinte de indícios da relevância penal da omissão da ANP, conclui-se pela sua atipicidade.

VII - A responsabilização penal nesta hipótese seria objetiva, o que é inadmissível no Direito Penal.

VIII - Recurso a que se nega provimento

(RSE 200461810037379, JUIZ COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 08/04/2010)

*In casu*, analisando os elementos de prova coligidos aos autos, verifico a presença dos pressupostos do dever de indenizar, tais como delineados supra, sendo de rigor a incidência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Como já exposto anteriormente, é certo incumbir à autarquia federal o dever de zelar pelo bom estado de conservação das pistas, do que deflui sua responsabilidade em impedir o ingresso de animais na pista - mediante cercamento adequado ou qualquer outra medida de igual eficácia -, sob pena de se transferir integralmente à vítima o ônus de suportar acidentes dessa natureza.

Na hipótese vertente, vale mencionar os apontamentos feitos no Boletim de Acidente de Trânsito, elaborado pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal, acerca da dinâmica do acidente. Veja-se:

"[...] APS ANLISE DA CENA E DOS VESTÍGIOS ENCONTRADOS NO LOCAL E NOS VEÍCULOS, CONCLUI-SE QUE V1 – FIAT/DUCATO M UNIVIDAS A HLF1720 – SEGUIA SENTIDO VITRIA QUANDO ATROPELOU DOIS CAVALOS, ARREMEANDO UM DELES PARA A CONTRAMO E V2 – FIAT/PALIO FIRE FLEX, HGX2869 -, O QUAL SEGUIA SENTIDO BELO HORIZONTE. NO CONSEGUIU SE DESVIAR DO ANIMAL. COLIDIU FRONTALMENTE CONTRA O MESMO, POSTERIORMENTE COLIDIU LATERALMENTE CONTRA A MURETA CENTRAL E, POR FIM, COLIDIU LATERALMENTE CONTRA O BARRANCO DIREITA, PARANDO SOBRE A FAIXA DA DIREITA" (id. 97447462 – fl. 49).

Considerando os dados gerais da ocorrência (id. 97447462 – fl. 48), nota-se que não havia cerca no entorno da faixa de domínio. Ademais, há de se destacar que, embora o acidente tenha ocorrido em plena noite, a sinalização luminosa consta como inexistente.

Sobre o acidente, a testemunha Jânio Peixoto de Melo, condutor do outro veículo acidentado, declarou o que segue:

"(...) eu estava no volante, chegando em Belo Horizonte pela BR, uma ambulância da Prefeitura da Cidade de João Monlevade, descendo ao contrário, ela atropelou

três cavalos e voou o maior pra cima de mim, o cavalo caiu na minha frente, eu bati em cima dele, rasguei ele todo, bati na mureta e bati na pedra do outro lado” (id. 97447468 – 3min41s).

Nesse mesmo sentido, a testemunha Marcos Vinícius Araújo, condutor do veículo segurado, também prestou os seguintes esclarecimentos:

“(...) o depoente informa ao momento do acidente era o condutor do veículo trafegava no anel rodoviário que é extensão da 381, na entrada de Belo Horizonte, em uma área que não tinha iluminação central, no momento do acidente e não possuía placas de sinalização de possíveis animais na pista; que disse que foi inevitável o acidente que se deparou com dois animais no meio da pista e não teve como evitar e acabou colidindo com os animais, que chegou a frear o veículo para reduzir a velocidade, mas não consegui evitar a acidente; que foi acionada a PRF, foi feito um B.O e posteriormente acionou o seguro para rebocar o veículo e levá-lo até e garagem da Prefeitura de João Monlevade; que o depoente relata que em razão da colisão com um dos animais, parte de um deles atingiu um Fiat Palio que estava vindo em sentido contrário, deixando tal veículo danificado; que não sabe quanto ficou o conserto danos causados ao veículo e nem mesmo em qual oficina foi encaminhado. (...) informa que o trecho que aconteceu o acidente era uma área urbana e não possuía cerca em volta da rodovia.” (id. 97447463 – fl. 336).

*Ex positis*, não remanescem dúvidas acerca da causa imediata do acidente (colisão do veículo com animais) e de sua estrita relação com a omissão do réu, consubstanciada no descumprimento do dever de zelar pela guarda e manutenção da estrada de rodagem em que ocorreram os fatos.

Não procede a alegação de que o condutor poderia ter realizado manobra defensiva mais eficiente e, conseqüentemente, evitado o acidente, considerando o dever de dirigir com atenção e cuidado. Exigir tal providência, em verdade, implicaria transferir a responsabilidade legal pela guarda e segurança da pista a terceiro.

Melhor sorte não socorre ao apelado quanto à alegação de excesso de velocidade, eis que não existe nos autos nenhum elemento de prova nesse sentido.

Não se comprovou, em suma, indicativo de imprudência, negligência ou imperícia do condutor, tampouco de caso fortuito ou força maior, ônus que incumbia ao réu, *ex vi* do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assim sendo, na condição de ente responsável pela guarda e manutenção da estrada de rodagem em questão, competia ao DNIT adotar as medidas acau-telatórias pertinentes, zelando pela segurança dos que nela transitam.

No que tange ao montante da indenização, de rigor a fixação do valor pleiteado na inicial, a saber, R\$ 11.089,79 (onze mil e oitenta e nove reais e setenta e nove centavos).

No tocante à correção monetária e aos juros moratórios, de rigor a incidência a partir da data do pagamento da indenização pela seguradora, a teor das Súmulas 43 e 54 do C. STJ.

Condeno a parte ré ao pagamento da verba honorária de 10% sobre o valor corrigido da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5018847-46.2018.4.03.6100**

Apelante: ANDRE CAMPOS LOUREIRO  
 Apelada: UNIÃO FEDERAL  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES  
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/11/2022

### **EMENTA**

APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. PAD. PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. ART. 168 LEI Nº 8.112/90. PENALIDADE DIVERSA. MOTIVAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1 – O magistrado indeferiu a oitiva das testemunhas sob o fundamento de que os depoimentos não iriam descaracterizar as condutas já descritas e de que as testemunhas arroladas já haviam sido ouvidas no contexto do PAD. Trata-se de justificativa razoável. O principal ponto controvertido destes autos é eminentemente de direito.

2 – Art. 168 da Lei nº 8.112/90. A autoridade julgadora pode aplicar penalidade diversa daquela presente do relatório final da comissão julgadora, desde que o faça motivadamente. Precedentes: *(MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 19903 2013.00.69217-0, HERMAN BENJAMIN, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/08/2017 ..DTPB:.)*, *(ApelRemNec 0000624-86.2011.4.03.6000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/05/2019.)*. Autoridade julgadora baseou-se não só por causa da conduta do art. 117, X, mas também pela reiteração das condutas dos incisos I, III, VI e IX do art. 116.

3 – Apelante não logrou demonstrar a ocorrência de ilegalidades no âmbito do PAD.

4 – Apelação improvida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

*O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):* Trata-se de ação ordinária ajuizada por ANDRÉ CAMPOS LOUREIRO em face da UNIÃO FEDERAL, em que pleiteia a anulação da pena de demissão do serviço público federal e a consequente reintegração no cargo de técnico judiciário do TRT da 2ª Região. Foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, em

sede de agravo de instrumento, consistente na reintegração provisória dele ao cargo, até o julgamento final da demanda (ID 35113323).

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, na medida em que não restou demonstrada qualquer ilegalidade na condução do PAD, o que ocasionou a perda de objeto do agravo de instrumento interposto perante esta Corte.

O *apelante* aduz, em apertada síntese, que: (i) preliminarmente, a sentença é nula, na medida em que o Juízo inicial indeferiu a produção de prova testemunhal, cujo depoimento seria imprescindível para comprovar as alegações autorais; (ii) no mérito, não se pretende que o Poder Judiciário adentre o mérito administrativo, mas apenas se atenha ao exame da legalidade do procedimento administrativo; (iii) ao não acatar o relatório final da comissão julgadora, aplicando-se penalidade mais grave do que a recomendada, houve violação expressa ao artigo 168 da Lei nº 8.112/90; (iv) o artigo 65, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 proíbe que da revisão do processo disciplinar resulte pena mais gravosa; (v) não foram preenchidos os requisitos do artigo 117, X, da Lei nº 8.112/90; (vi) houve aceitação tácita por parte das autoridades do comércio por ele realizado entre seus pares; (vii) foram violadas a razoabilidade e a proporcionalidade.

Com contrarrazões (ID 55175075).

*É o relatório.*

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Preliminarmente, verifico *não* ter havido *cerceamento de defesa* decorrente do indeferimento da produção de prova oral.

Com efeito, o magistrado indeferiu a oitiva das testemunhas sob o fundamento de que os depoimentos não iriam descaracterizar as condutas já descritas e de que as testemunhas arroladas já haviam sido ouvidas no contexto do PAD.

Trata-se de justificativa razoável, ainda mais diante do fato de que o principal ponto controvertido destes autos é eminentemente de direito. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR. EXPULSÃO. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.906/94. COMANDO GENÉRICO DISSOCIADO DA NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. DESTINATÁRIO. MAGISTRADO. RELEVÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. INDEPENDÊNCIA ENTRE ESFERA PENAL E ADMINISTRATIVA. ILÍCITO ADMINISTRATIVO RECONHECIDO. MODIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DANO MORAL. PRETENSÃO ILÓGICA. (...) 4. As teses de afronta aos arts. 332 e 400 do CPC circundam alegação de *cerceamento de defesa* em decorrência de indeferimento de produção de prova testemunhal, no que consignou a Corte de origem que não “se reconhece negativa de prestação jurisdicional, quando o Magistrado usa de seu poder instrutório, ao indeferir prova, manifestando suas razões de decidir. Tampouco há *cerceamento de defesa* na hipótese em que resta plausível que o D. Juiz tenha concluído no sentido de que a produção da prova testemunhal seria desnecessária às alega-



ções da parte". 5. A prova tem como destinatário o magistrado, a quem cabe avaliar quanto à sua suficiência, necessidade e relevância, de modo que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de prova considerada inútil ou protelatória. Precedentes. 6. Insuscetível de revisão, nesta via recursal, o entendimento das instâncias ordinárias quanto à prescindibilidade da prova requerida - oitiva de testemunhas -, pois demandaria a reapreciação de matéria fática, o que é obstado pela Súmula 7/STJ. 7. A circunstância de que determinados fatos não constituam ilícito penal não afasta a possibilidade de receberem tratamento diferenciado na esfera civil ou administrativa, constituindo nestas searas ilícitos puníveis. Precedentes: MS 13.134/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2015, DJe 02/10/2015; RMS 39.558/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 11/06/2014; RMS 45.182/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 05/10/2015. 8. E, nesse diapasão, qualquer modificação do acórdão recorrido quanto à legalidade do processo administrativo e, conseqüentemente, da penalidade aplicada demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, circunstância inadmissível na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 9. A circunstância de a parte beneficiar-se da justiça gratuita não afasta a fixação dos ônus da sucumbência, legitimando apenas a suspensão da exigibilidade do valor arbitrado, o qual poderá ser executado dentro do prazo prescricional se deixar de existir o estado de hipossuficiência. 10. A pretensão do autor na fixação de dano moral litiga contra a própria lógica jurídica, pois conduziria em promover-lhe benefício pecuniário por comportamento revestido de ilicitude e, em contraposição, configuraria a penalização da Administração Pública por agir dentro dos liames da legalidade. Sem amparo jurídico a pretensão, portanto. Agravo regimental improvido. ..EMEN: (AGRESP 201400336011, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/11/2015 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE INDEFERIU PEDIDO LIMINAR. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO STF. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar". 2. O referido óbice é ultrapassado tão somente em casos excepcionais, nos quais a evidência da ilegalidade é tamanha, que não escapa à pronta percepção do julgador, o que, todavia, não ocorre na hipótese, em que o Juiz de primeiro grau apontou elementos concretos - presença de menores e reincidência específica - que evidenciam, à primeira vista, a gravidade concreta do delito em tese cometido, a ensejar, por conseguinte, a necessidade de manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. 3. O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva. 4. Na espécie, o indeferimento da oitiva da testemunha foi devidamente fundamentado e se deu em virtude da constatação, pelo Juiz natural da causa, de que tal prova era ir-

relevante para o deslinde da ação penal, na medida em que o Conselheiro nada sabiam sobre os fatos em apuração. 5. Agravo regimental não provido. ..EMEN: (AGRHC 201502276865, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:06/11/2015 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

*No mérito*, em primeiro lugar, cabe esclarecer que é entendimento consolidado da jurisprudência pátria que, no que concerne ao *artigo 168 da Lei nº 8.112/90*, a autoridade julgadora pode *aplicar penalidade diversa* daquela presente do relatório final da comissão julgadora, desde que o faça motivadamente, *in verbis*:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. EX-AGENTE PENITENCIÁRIO FEDERAL. RELAÇÕES IRREGULARES COM PRESO CONSIDERADO DE ALTA PERICULOSIDADE, LÍDER DO COMANDO VERMELHO. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL PARA O EXAME DO QUADRO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENA DE DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE CONTRADITÓRIO SOBRE PARECERES DESTINADOS A SUBSIDIAR A DECISÃO DA AUTORIDADE JULGADORA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PENA DIVERSA DA PROPOSTA PELA COMISSÃO PROCESSANTE, DESDE QUE DE FORMA MOTIVADA HISTÓRIO DA DEMANDA (...) SANÇÃO MAIS GRAVOSA QUE A SUGERIDA PELA COMISSÃO PROCESSANTE 16. O MPF opina pela concessão parcial da segurança por entender que a aplicação de pena mais gravosa que a sugerida pela comissão processante só poderia ser feita se demonstrada a existência de contrariedade à prova dos autos, o que não teria ocorrido no caso concreto. 17. A inteligência do parágrafo único do art. 168 da Lei 8.112/90 é de que a autoridade julgadora pode aplicar pena diversa da sugerida pela comissão processante, desde que apresente a devida fundamentação. Nesse sentido, MS 14.667/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Terceira Seção, DJe 17/12/2014, MS 15.826/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 31/5/2013. 18. Contrariedade à prova dos autos não se refere apenas à hipótese de a comissão processante ter examinado incorretamente elementos de convicção existentes nos autos, existindo, também, quando a comissão processante faz incorreto enquadramento jurídico das conclusões derivadas das provas colhidas. Entender o contrário seria transformar a comissão processante na verdadeira autoridade julgadora, pois, desde que tivesse apontado corretamente todos os fatos, a sua conclusão jurídica quanto à pena não poderia ser alterada pela autoridade com competência formal para sua aplicação. 19. A autoridade julgadora pode, desde que o faça motivadamente, aplicar pena diversa da sugerida pela comissão processante, fazendo a análise jurídica que entender correta, mesmo sem apontar erro quanto ao quadro fático apresentado. CONCLUSÃO 20. Segurança denegada. ..EMEN: (MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 19903 2013.00.69217-0, HERMAN BENJAMIN, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/08/2017 ..DTPB:.)". (Grifo nosso)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. INCIDENTE DE SANIDADE. DUVIDA RAZOÁVEL. INOCORRÊNCIA. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. VEDAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. Trata-se de Reexame Necessário e Apelação da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - FUFMS contra sentença que concedeu a segurança buscada pelos impetrantes, para o fim de declarar a nulidade do processo administrativo

disciplinar, anulando-se a penalidade imposta e determinando a reintegração imediata do impetrante ao cargo que ocupava. Sem condenação em honorários. 2. Alegação de inadequação da via eleita por ausência de direito líquido e certo rejeitada. Os autores não buscam a produção da prova no presente *mandamus*, mas apenas apontam a ilegalidade procedimental adotada no curso do pad pela autoridade julgadora. 3. A garantia do devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa constitui preceito constitucional (art. 5º, LV, CF), de observância obrigatória tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos. 4. Conforme precedente dos Tribunais Superiores, não constitui ilegalidade a publicação do ato constitutivo da comissão de processo administrativo disciplinar em boletim interno. 5. Consoante o disposto no art. 168 da Lei 8.112/90, a autoridade julgadora não está a vinculada às conclusões da comissão processante, podendo aplicar penalidade mais severa desde que mediante decisão fundamentação, exigindo-se que o servidor tenha tido ampla defesa no que tange aos fatos apurados. 6. Com efeito, depreende-se da decisão da autoridade coatora que a pena de demissão foi devidamente fundamentada na prática de atos infracionais (artigo 116, XI, e 132, V, da Lei 8.112/90 e 132), bem como na natureza e gravidade da infração cometida (artigo 128 da lei 8.112/90). 7. Não há que se falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade, razoabilidade ou da motivação na aplicação da pena de demissão. Demonstrada a prática da conduta tipificada no artigo 132, incisos V, da Lei nº 8.112/90, a única reprimenda cabível para a hipótese é a demissão, não havendo para o administrador discricionariedade na aplicação de pena diversa. 8. A imposição de penalidade aos impetrantes Nanci e Cezar foi devidamente motivada, tendo a autoridade administrativa descrito as infrações disciplinares praticadas por cada um, os depoimentos das testemunhas que relataram a exasperação de comportamento e agressões verbais entre os envolvidos, enquadrando-os no artigo 116, XI, da Lei n. 8.112/90 e aplicando a penalidade correspondente. 9. Como consabido, é possível o reexame do ato administrativo à luz da razoabilidade, mas não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se no juízo e discricionariedade administrativos, reapreciando provas administrativamente apresentadas e devidamente rebatidas, uma vez que não se trata de ato ilegal ou de abuso de poder, em respeito ao princípio da separação de poderes. 10. De fato, ao Judiciário não cabe apreciar o mérito administrativo discricionário, mas tão somente a legalidade dos atos e eventuais excessos nas escolhas, sob pena de invasão de competência. 11. É assente na jurisprudência que em caso de ausência de dúvida razoável acerca da sanidade mental do servidor, não há necessidade da instauração de incidente de sanidade mental de que trata o artigo 160 da Lei n. 8.112/90: 12. O simples fato de o servidor ter afirmado que “pode ter transtorno bipolar” não implica necessariamente em dúvida razoável acerca de sua sanidade, especialmente porque o investigado estava acompanhado de seu advogado que nada mencionou por ocasião da colheita de seu interrogatório, nem no curso do processo administrativo disciplinar. O impetrante não demonstrou ter juntado aos autos nenhum atestado médico perante a comissão disciplinar, não levantando nenhuma dúvida quanto à sua sanidade mental no curso do procedimento administrativo disciplinar, de modo que não havia como se falar em instauração de incidente de sanidade mental nem em violação do disposto no artigo 160 da Lei nº 8.112/90. 13. Apelação e remessa oficial providas. (ApelRemNec 0000624-86.2011.4.03.6000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/05/2019.)”. (Grifo nosso)

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ANALISTA TRIBUTÁRIO DA RECEITA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. DOLO. CONDUTA ÍMPROBA. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. INSERÇÃO IRREGULAR DE NÚMEROS DE CPF NA BASE DA RECEITA FEDERAL. MULTA EXCESSIVA. REDUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. 1. Ação de improbidade por prática de ato atentatório aos deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições, nos termos do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista o irregular cadastramento de vários números de CPF vinculados a títulos de eleitor inexistentes na base do TSE, entre 21/10/2009 e 11/01/2010. 2. Diante da gravidade dos fatos, devidamente comprovados nos autos do processo administrativo, houve a alteração da sugestão dada pela Comissão Processante no relatório final (penalidade de suspensão por 15 dias), para a pena de demissão, o que é facultado à autoridade julgadora em julgamentos administrativos de servidores públicos, conforme previsto no art. 168 da Lei nº 8.112/90. Portanto, tendo sido devidamente motivada a alteração da sanção imposta no PAD nº 10768.002531/2011-80, não há que se cogitar de qualquer ilegalidade, devendo ser mantida a pena de demissão. (...) 14. Apelo conhecido e parcialmente provido. 3 (AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0154645-23.2014.4.02.5101, JOSÉ ANTONIO NEIVA, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA..ORGAO\_JULGADOR:.)". (Grifo nosso)

*No caso em testilha, o relatório final do PAD manifestou-se nestes termos em relação ao apelante (ID 55175017), in verbis:*

"o sindicato André Campos Loureiro infringiu, segundo as infrações; os seguintes deveres da Lei nº 8.112/90: a) uso da sala privativa – art. 117, XVI e XVII; b) instalação de câmeras na sala privativa – art. 116, III; c) omissão em levar à autoridade competente irregularidades que teve ciência no exercício da função – art. 116, III e VI; d) posse de bebidas alcóolicas, objeto fático – art. 116, IX; e) venda de produtos da Natura – art. 117, X; f) posse de placa institucional – art. 116, III; g) descumprimento de dever de assiduidade – art. 116, III e art. 117, I; h) participação em festa fora do horário de expediente sem autorização – art. 116, III, VI e IX.

Segundo o artigo 132, XIII, da Lei nº 8.112/90, a transgressão aos incisos IX ao XVI importa demissão e o sindicato transgride os incisos X (venda de produtos Natura) e XVI (uso da sala privativa).

Já o descumprimento dos incisos I a XVIII e o IX do art. 117 importa pena de suspensão (art. 129 da Lei nº 8.112/90) e, dentre esses, o sindicato descumpriu o inciso I (assiduidade) e XVI e XVIII (uso da sala privativa)

Quanto ao artigo 116, o sindicato descumpriu os incisos III (instalação de câmeras na sala privativa, omissão de dar ciência à autoridade de irregularidades, posse de placa institucional, assiduidade e participação em festa fora do horário de expediente, sem autorização); VI (omissão de dar ciência à autoridade de irregularidades e participação na festa fora do horário de expediente sem autorização); e IX (posse de bebidas alcóolicas, objeto fático e participação na festa fora do horário de expediente sem autorização).

(...)

Portanto, considerando o passado funcional do sindicato, as situações fáticas que permitiram o cometimento das infrações disciplinares, opinamos pela aplicação da pena de suspensão por 60 (sessenta) dias ao servidor".

*Mas assim se manifestou a autoridade julgadora (ID 55175018), in verbis:*

“Por todo o exposto, comungo parcialmente da conclusão da Comissão processante diante dos fatos analisados, eis que, compreendida a conduta do servidor André na disposição do art. 117, X, da Lei n. 8.112/90 – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário –, bem como pela reiterada afronta ao artigo 116, I, III, VI e IX, da Lei 8112/90, inexistente para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa da demissão”. (Grifo nosso)

*Por conseguinte*, entende-se que a autoridade julgadora houve por bem aplicar a *pena de demissão* não apenas porque essa é uma decorrência lógica do artigo 117, X, c.c. o artigo 132, XIII, da Lei nº 8.112/90, mas também diante da *reiteração das práticas* previstas nos incisos I, III, VI e IX do artigo 116. Trata-se de justificativa que atende perfeitamente aos preceitos de razoabilidade e de proporcionalidade.

Ademais, isso não configura a hipótese do artigo 65, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, na medida em que não se trata de revisão de processo. No mais, o apelante não logrou demonstrar a ocorrência de ilegalidades no âmbito do PAD, nem infirmar a presunção relativa de legalidade e veracidade do ato administrativo no caso em comento, não se tendo desincumbido do ônus probatório do artigo 373, I, do Código de Processo Civil de 2015.

*Relativamente à conduta inculpada no artigo 117, X, da Lei nº 8.112/90*, cabe esclarecer que o legislador previu duas condutas cujos núcleos são: (i) participar de gerência ou administração; (ii) exercer o comércio.

A venda de produtos da Natura para colegas servidores e até magistrados coaduna-se com o exercício do comércio, sendo irrelevante o argumento de que da venda dessas mercadorias não se auferiu lucro algum. Não é a efetiva obtenção de lucro que caracteriza o comércio, mas a interação entre vendedor, potenciais compradores e a mercadoria ofertada e demandada. No mais, maiores discussões acerca desse fato acarretaria o exame do mérito administrativo, o que é vedado ao Poder Judiciário.

*Ressalto, enfim*, que a aplicação da pena de demissão decorreu do conjunto das infrações cometidas pelo servidor, consistentes, além do exercício da atividade comercial anteriormente exposta, no uso de sala privativa, na posse de bebidas alcoólicas e de objeto fático, na realização de festa fora do horário de expediente e sem autorização, no descumprimento do dever de assiduidade e na omissão em levar fatos ao conhecimento da autoridade competente.

Ante o exposto, voto por *negar provimento* à apelação.

À luz do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento), conforme as seguintes razões: (i) pouca complexidade jurídica; (ii) jurisprudência consolidada.

É o voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5017541-90.2019.4.03.6105**

Apelante: ALLYSSON GUILHERME DE MORAIS  
Apelada: UNIÃO FEDERAL  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/11/2022

#### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. AUTODECLARAÇÃO. PREVISÃO NO EDITAL DE POSTERIOR HETERIDENTIFICAÇÃO BASEADO NO FENÓTIPO. LEGALIDADE. APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA.

- Na hipótese, o apelante pleiteia reserva de uma vaga destinada a negros e pardos, no concurso do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, especialidade oficial de justiça avaliador. Consta que a comissão de avaliação da veracidade de sua declaração não o considerou negro, em razão de seu fenótipo.

- É pacífico na jurisprudência desta E. Corte e dos Tribunais Superiores que a atuação do Poder Judiciário em certames seletivos e concursos públicos deve se restringir ao controle da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital. Não cabe ao Judiciário, na hipótese, substituir-se à Administração nos critérios de seleção.

- No presente caso, o item 6 do Edital n. 01/2018 de concurso público do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região tratou da reserva de vagas aos candidatos negros e determinou, como critério, além da autodeclaração, a convocação "antes da homologação do resultado final do concurso público, por meio de Edital específico, para avaliação da veracidade de sua declaração por Comissão a ser instituída pela Fundação Carlos Chagas."

- Houve procedimento administrativo para verificação da veracidade da autodeclaração de se tratar de candidato preto ou pardo, consistente em avaliação por Comissão de Avaliação, conforme o item 6.15.1 e seguintes do edital. Ou seja, havia previsão editalícia para a verificação posterior.

- Assim, não se vislumbra ilegalidade no indeferimento da condição de candidato negro.

- Apelação improvida.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram a Des. Fed. MARLI FERREIRA e o Des. Fed. PAULO DOMINGUES. Vencidos o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que davam provimento ao apelo para julgar procedente o pedido para declarar que o autor tem direito de prosseguir no



concurso nas vagas reservadas aos candidatos negros. Condenavam a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC. Farão declaração de voto o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE. A Des. Fed. MARLI FERREIRA votou na forma do art. 942, §1.º do CPC. O Des. Fed. PAULO DOMINGUES (6ª Turma), votou na forma dos artigos 53 e 260, § 1º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de ação ordinária, intentada por ALLYSSON GUILHERME DE MORAIS, objetivando garantir a reserva de uma vaga destinada aos candidatos negros, englobando pretos e pardos, em concurso público para o cargo de oficial de justiça avaliador, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

Nas razões de apelação, o autor sustenta, em síntese, que o critério de fenótipo foi reduzido pela comissão do concurso, a qual atuou em descompasso com a política de ação afirmativa que inspirou as Leis de n. 12.288/2010 e 12.990/2014.

Houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

## **VOTO**

O presente recurso não comporta provimento.

Na hipótese, o apelante pleiteia reserva de uma vaga destinada a negros e pardos, no concurso do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, especialidade oficial de justiça avaliador federal. Consta que a comissão de avaliação da veracidade de sua declaração não o considerou negro, em razão de seu fenótipo.

Pois bem.

É pacífico na jurisprudência desta E. Corte e dos Tribunais Superiores que a atuação do Poder Judiciário em certames seletivos e concursos públicos deve se restringir ao controle da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital. Não cabe ao Judiciário, na hipótese, substituir-se à Administração nos critérios de seleção.

Somente em casos excepcionais, se demonstrado erro jurídico grosseiro na formulação de questão em concurso público ou ausência de observância às regras previstas no edital, admite-se sua anulação pelo Poder Judiciário.

Para o que interessa ao presente caso, o item 6 do Edital n.º 01/2018 de concurso público do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região trata da reserva de vagas aos candidatos negros:

“6.2 Para concorrer às vagas reservadas, o candidato deverá, no ato da inscrição, optar por concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, assinalando o

campo de autodeclaração de que é preto ou pardo, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

6.2.1 A autodeclaração terá validade somente para este Concurso Público.

6.3 Presumir-se-ão verdadeiras as informações prestadas pelo candidato no ato de inscrição, sem prejuízo da apuração das responsabilidades administrativa, civil e penal.

6.15 Os candidatos aprovados no concurso que se autodeclararem negros serão convocados, antes da homologação do resultado final do concurso público, por meio de Edital específico, para avaliação da veracidade de sua declaração por Comissão a ser instituída pela Fundação Carlos Chagas.” (ID 163132044 – págs 7/8)

O art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 12.990/2014 prevê a possibilidade de procedimento administrativo para verificação da autodeclaração do candidato como afrodescendente:

“Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

Houve procedimento administrativo para verificação da veracidade da autodeclaração de se tratar de candidato preto ou pardo, consistente em avaliação por Comissão de Avaliação, conforme o item 6.15.1 e seguintes do edital. Ou seja, havia previsão editalícia para a verificação posterior.

O precedente desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO BASEADO NO FENÓTIPO. LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Como é cediço, a intervenção do Poder Judiciário no âmbito de concurso público deve restringir-se ao exame da legalidade do certame e do respeito às normas do edital que o norteia.

2. No presente caso, a comissão designada para verificar a veracidade da autodeclaração prestadas pelos candidatos negros ou pardos analisou o fenótipo da candidata, e concluiu pela eliminação da agravada do concurso, por entender que não possuía o características fenotípicas da raça parda, inviabilizando sua aprovação no concurso nas vagas das cotas destinadas à candidatos negros e pardos, conforme previsão no item 5 do edital nº3, do concurso 09/2015 da EBSEH.

3. Neste desiderato, devem ser considerados os aspectos fenotípicos do candidato, pois, se o sistema de cotas raciais visa a reparar e compensar a discriminação social sofrida pelo afrodescendente, para que dele se valha o candidato, faz-se imperioso que ostente o fenótipo negro ou pardo. Se não o possui, não é discriminado, e, conseqüentemente, não faz jus ao acesso a essa ação afirmativa estatal.

4. Nesses casos, as alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas. Assim, ainda que a certidão de nascimento do autor conste a sua cor como parda, o critério estabelecido pela banca é o do fenótipo e não do genótipo.

5. Agravo de instrumento provido.”

(AI 0014952-03.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/05/2019.)

Assim, não se vislumbra ilegalidade no indeferimento da condição de candidato negro.

A r. sentença deve ser mantida.

Por fim, a fixação dos honorários advocatícios observou o disposto no art. 85 do NCPC, e levando-se em conta o não provimento do recurso de apelação, de rigor a aplicação da regra do § 11 do artigo 85 do CPC/2015, pelo que determino, a título de sucumbência recursal, a majoração dos honorários advocatícios em 1%, sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, observada a suspensão da exigibilidade em decorrência do deferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

Adoto, em sua integralidade, o relatório apresentado pela ilustre Desembargadora Federal Relatora Monica Nobre.

Trata-se de ação ordinária, intentada por ALLYSSON GUILHERME DE MORAIS, objetivando garantir a reserva de uma vaga destinada aos candidatos negros, englobando pretos e pardos, em concurso público para o cargo de oficial de justiça avaliador, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

Nas razões de apelação, o autor sustenta, em síntese, que o critério de fenótipo foi reduzido pela comissão do concurso, a qual atuou em desconformidade com a política de ação afirmativa que inspirou as Leis de n. 12.288/2010 e 12.990/2014.

A eminente Desembargadora Federal Relatora negou provimento à apelação.

Com a devida vênia, ousou divergir da ilustre Relatora.

O Autor se inscreveu para o CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DO QUADRO PERMANENTE DE PESSOAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO /2018, Edital n.º01 de 2018, realizado pela Fundação Carlos Chagas, concorrendo para o cargo de Oficial de Justiça, nas vagas reservadas aos candidatos que se declaram negros, conforme previsto no Edital.

O Autor foi classificado nos quantitativos estabelecidos nos item 6.1 do Edital nº 1-TRT15º do concurso, e foi submetido antes da homologação do resultado final, ao procedimento de verificação da condição declarada para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros.

Quando submetido à Comissão de Verificação da Condição Declarada, a qual avalia os candidatos para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, esta não considerou o autor negro e por este motivo o mesmo foi eliminado do Concurso Público no mês de novembro de 2018.

Evidencia-se que não havia uma previsão clara quanto a indispensável definição dos critérios que seriam utilizados, bem como a especificação da composição da banca e possibilidade de recurso.

Inequívoca a violação ao princípio da vinculação prévia ao edital do concurso público, previsto no art. 37 da constituição Federal, bem como à segurança jurídica que se espera dos atos da administração pública.

Em caso idêntico, o STJ considerou descabida a avaliação posterior não definida no certame:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS PARA CANDIDATOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO. ÚNICA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA DOS MÉTODOS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO QUE VIRIAM A SER UTILIZADOS POSTERIORMENTE PELA COMISSÃO AVALIADORA. INOVAÇÃO DESCABIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGÍTIMA CONFIANÇA. 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 auto-declaração 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. Os critérios de avaliação capazes de infirmar a autodeclaração do candidato, declaração esta presumidamente verdadeira (item 1.4, do edital - fl. 62), embora mostrem-se legítimos como forma de supervisão, não foram previstos no edital do concurso em referência.

4. Ao revés, o instrumento convocatório apenas previu, genérica e abstratamente, a possibilidade de conferência daquela declaração por uma comissão específica (item 1.5 - fl. 62), cuja composição ou formas de deliberação também não foram objeto de detalhamento no edital, o que torna ainda mais grave a lacuna normativa aplicável ao certame.

5. Dito de outro modo, padece de ilegalidade o ato de não enquadramento da Recorrente nas vagas reservadas aos candidatos negros, visto que o edital não estabeleceu de antemão e objetivamente os critérios de heteroidentificação (ex. características fenotípicas) que viriam a servir de parâmetro para a comissão avaliadora. Assim, forçoso reconhecer que houve indevida inovação, ao arrepio da proteção da confiança depositada pelos candidatos na estabilidade das regras do certame. O edital, como se sabe, é a lei do 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 em Mandado de Segurança 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. (RMS 59.369/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 21/05/2019)

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 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. (RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.907 - DF (2017/0190530-7), Relator: Min. Sérgio Kukina. Data do Julgamento: 05 de abril de 2018).

Ademais, forçoso reconhecer, que o magistrado, imbuído do sentimento de justiça, deve sopesar a carga de prejuízo que sua decisão acarreta para ambas as partes.

No caso, o apelante foi candidato do Concurso Público do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT 2º, organizado pela mesma banca de avaliação e foi considerado negro pela Comissão de Verificação da Condição Declarada. Da mesma forma no Concurso do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, organizado pela banca de avaliação Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (CEBRASPE), foi considerado negro.

Destarte, resta demonstrado que o apelante se declarou negro ou pardo por preencher os requisitos, mostrando-se inadequado o procedimento para verificação de sua autodeclaração como pardo, em desprestígio da segurança jurídica.

À vista da procedência do pedido, a União deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 2º e 3º, inciso I, do CPC, considerados o trabalho realizado, a natureza e a importância da causa.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para julgar procedente o pedido para declarar que o autor tem direito de prosseguir no concurso nas vagas reservadas aos candidatos negros. Condene a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

*Apelação interposta por ALLYSSON GUILHERME DE MORAIS contra sentença por meio da qual foi julgada improcedente demanda em que pleiteia seja reconhecida a nulidade do ato praticado pela comissão de avaliação do concurso público que o excluiu da lista de cadastro reserva para candidatos negros.*

A eminente Relatora votou no sentido de desprover o recurso por entender que:

Houve procedimento administrativo para verificação da veracidade da autodeclaração de se tratar de candidato preto ou pardo, consistente em avaliação por Comissão de Avaliação, conforme o item 6.15.1 e seguintes do edital. Ou seja, havia previsão editalícia para a verificação posterior. (...) Assim, não se vislumbra ilegalidade no indeferimento da condição de candidato negro.

*Com a devida vênia, divirjo.*

#### **I – DOS FATOS**

O autor se inscreveu para o concurso público para provimento de cargos do quadro permanente de pessoal do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO /2018, Edital n.º 01 de 2018, realizado pela Fundação Carlos Chagas, concorrendo para o cargo de Oficial de Justiça, nas vagas reservadas aos candidatos que se declaram negros, conforme previsto no certame. Foi aprovado e submetido ao procedimento de verificação da condição autodeclarada, porém a comissão responsável não o reconheceu como tal. Alega surpresa e ilegalidade,



porquanto, em dezembro de 2018, foi candidato do concurso público do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT 2º, também organizado Fundação Carlos Chagas, ocasião em que foi considerado negro pela respectiva comissão de verificação da condição declarada, conforme documentos anexos (Edital nº 09/2019- TRT2º Região), bem como, em 2017, foi candidato do VII Concurso do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, organizado pela CEBRASPE, oportunidade em que foi igualmente considerado negro (docs anexos).

## II – DOS PARÂMETROS NORMATIVOS CONTRA O RACISMO

A igualdade é princípio basilar da Constituição Federal (artigo 5º, *caput*) para a sociedade brasileira. A promoção do bem estar de todos é objetivo fundamental de nossa República, o que exclui preconceitos, entre outros, de raça e qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV). O repúdio ao racismo é expresso na Carta Magna (art. 4º) e sua prática constitui crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII). Também é incontroverso que a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deve ser objeto de lei punitiva (artigo 5º, XLI).

Recentemente, em 11.01.22, o Presidente Jair Bolsonaro promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo e a Discriminação Racial e formas Correlatas de Intolerância, da qual se destacam:

### Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção:

1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

(...)

5. As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.

### Artigo 2

Todo ser humano é igual perante a lei e tem direito à igual proteção contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, em qualquer esfera da vida pública ou privada.

### Artigo 5

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial

e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto desta Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.

#### Artigo 8

Os Estados Partes comprometem-se a garantir que a adoção de medidas de qualquer natureza, inclusive aquelas em matéria de segurança, não discrimine direta ou indiretamente pessoas ou grupos com base em qualquer critério mencionado no Artigo 1.1 desta Convenção.

#### Artigo 9

Os Estados Partes comprometem-se a garantir que seus sistemas políticos e jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção.

Também é importante invocar as Leis n.ºs 12.288/10 e 12.990/14. Na primeira, o legislador, no artigo 1º, estabelece:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Na segunda, está prevista a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos aos negros. Vale a pena citar:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo

em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Do conjunto de normas, no plano nacional e internacional, verifica-se o alcance amplo objetivado na proteção contra o racismo e a discriminação racial. Em consonância com o caráter abstrato que elas contêm, o papel do magistrado é interpretá-las de modo a torná-las concretas, efetivas e impedir que a hermenêutica possa eventualmente levar a negá-las. A propósito, cabe aqui evocar o princípio *pro persona*, segundo o qual, diante de múltiplas interpretações possíveis de uma mesma fonte jurídica, aplica-se a interpretação mais favorável à pessoa, de modo a adotar a interpretação mais extensiva para reconhecer direitos protegidos e a interpretação mais restritiva quando se trata de restringir direitos.

### III – DA FALTA DE MOTIVAÇÃO DA EXCLUSÃO

*A desqualificação do candidato foi desmotivada, à vista do documento id 163132132, pelo qual se constata que os três membros da Comissão de Avaliação se limitaram, quanto à pergunta: "De acordo com a avaliação do fenótipo do candidato diante da apresentação presencial, o candidato é reconhecido como NEGRO (preto ou pardo)?, a responder não. Apresentado recurso, houve a seguinte resposta:*

"Tendo em vista o disposto na Resolução nº 203/2015 do Conselho Nacional de Justiça, os critérios utilizados pela Comissão levaram em conta o fenótipo do candidato, conforme Edital nº 01/2018 de Abertura de Inscrições.

A autodeclaração, mesmo não corroborada pela Comissão de Verificação, não indica má-fé do candidato e nem qualquer tipo de discriminação negativa por parte da Comissão. Posto isto, consideradas as alegações do candidato e a reanálise das imagens feita pela Comissão, fica mantida a decisão.

RECURSO IMPROCEDENTE"

*Não há a menor dúvida de que faltou motivação à decisão da Comissão Avaliadora. Não basta indicar que usou o critério da fenotipia e não explicitar, no caso concreto, as características do candidato para declará-lo não negro.*

*A falta de fundamentação das decisões administrativas viola frontalmente o devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição.*

### IV – DOS EFEITOS DA VALIDAÇÃO PELA COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AUTODECLARAÇÃO EM CONCURSOS ANTERIORES

*Outro ponto importante alegado pelo apelante é que participou do concurso público do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT 2º, também organizado Fundação Carlos Chagas, e do VII Concurso do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, organizado pela CEBRASPE, e, em ambos, teve sua autodeclaração como negro validada pelas respectivas comissões de verificação.*

*A justificativa apresentada pela Fundação Carlos Chagas foi de que, verbis (id 163132132 – fl. 06), "cada concurso tem sua Comissão de Avaliação própria, cujas decisões são autônomas e soberanas, não vinculando, portanto, outras Comissões de Avaliação de outros Concursos Públicos". Entendo que, ao se inscrever no certame e se autodeclarar preto/pardo e tê-la posteriormente confirmada por banca*

oficial, o autor restou respaldado por ato jurídico perfeito praticado pela própria administração, o qual merece ser resguardado e tem inequívocos efeitos para além do próprio certame em que houve a validação, seja em nome da segurança jurídica, seja da presunção de boa-fé que devem reger as relações entre os particulares e o Estado. Salta aos olhos, outrossim, que a submissão a diferentes comissões de avaliação, com conclusões subjetivas contraditórias sobre o fenótipo do candidato, não se insere na autonomia dos órgãos avaliadores, como alegou a fundação, mas atenta contra a dignidade do candidato e acaba por contrariar precisamente o que o legislador quis privilegiar, o acesso do negro aos cargos públicos, numa espécie de racismo às avessas. No caso dos autos, considero que a conclusão das outras comissões às quais o apelante se submeteu não poderiam ser descartadas pela comissão atual sem que fosse demonstrada a existência de falha ou ilegalidade insuperável da conclusão a que as outras chegaram.

Saliente-se, outrossim, que perante o Estado brasileiro basta que, reconhecido como negro em um concurso público por comissão avaliadora regularmente constituída, em outros certames não poderia o candidato ser considerado não negro. A identidade não pode estar sujeita à variabilidade de veredictos lançados por comissões sucessivas. A higidez de um reconhecimento só poderia deixar de subsistir em situações especialíssimas e se impugnada especificamente judicialmente, resguardados os direitos de defesa do interessado.

De maneira geral, subsistem os direitos assegurados em concurso público aos beneficiados com políticas afirmativas, como previstos na Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas Correlatas de Intolerância, na Constituição Federal e nas Leis nºs 12.288/10 e 12.990/14. Agentes administrativos ou a administração não podem, à falta de legislação específica, criar regras como as assinaladas pela Comissão Avaliadora no presente caso, ou seja, que o candidato pode ser avaliado autonomamente em cada concurso de que participe ou desconsiderar o resultado positivo de comissão anterior. De acordo com o princípio *pro persona*, anteriormente referido, a interpretação das normas protetivas de direito fundamental deve procurar reforçar, na sua maior extensão, a proteção da pessoa.

Ressalte-se, por fim, que o entendimento ora explicitado não implica a análise do mérito do ato administrativo, mas evidentemente se restringe à legalidade do exame que o excluiu, à luz das garantias fundamentais de igualdade, dignidade, vedação do racismo e dos princípios que norteiam a administração.

Ante o exposto, acompanho a divergência do Des. Fed. Marcelo Saraiva e dou provimento ao apelo para julgar procedente o pedido para declarar que o autor tem direito de prosseguir no concurso nas vagas reservadas aos candidatos negros. Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5002062-96.2020.4.03.6113**

Apelante: R.R. FARMÁCIA PEDREGULHO LTDA  
 Apelada: UNIÃO FEDERAL  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO  
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 26/10/2022

### **EMENTA**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SENTENÇA FUNDAMENTADA: PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. PROGRAMA "AQUI TEM FARMÁCIA POPULAR". SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO CREDENCIAMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA, COM IMPOSIÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. O Juiz *a quo* adotou fundamentação suficiente o julgamento de improcedência do pedido, não havendo que se cogitar de nulidade pelo simples fato de não ter se manifestado expressamente sobre cada um dos argumentos que a parte gostaria de ver perscrutados, mas que não são fundamentais à solução da controvérsia posta em deslinde.

2. O credenciamento de novos estabelecimentos no programa "Aqui tem Farmácia Popular", constituído por meio de convênios com a rede privada de farmácias e drogarias, está temporariamente *suspense*, por deliberação do Ministério da Saúde desde o ano de 2014, pautada dentre outros fatores, na meta e no orçamento estabelecidos. A interrupção do credenciamento se deu *erga omnes* e não há, no momento, previsão para abertura de novos credenciamentos.

3. Não há que se cogitar de direito ao credenciamento, mesmo que preenchidos os requisitos previstos na portaria de regência, enquanto não houver abertura do processo de credenciamento para novas farmácias e drogarias. Sim, pois a abertura de novos credenciamentos *não é ato vinculado*, mas sim *ato discricionário* da administração pública, ou seja, cabe ao gestor do programa analisar a *conveniência e oportunidade* da ampliação da rede de farmácias e drogarias participantes do programa, não cabendo ao Judiciário interferir na definição de políticas públicas, substituindo os gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, a menos no caso de comprovada ilegalidade ou de violação à ordem constitucional vigente, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – para promover a mudança das políticas adotadas.

4. A suspensão temporária do credenciamento de farmácias no programa "Aqui tem Farmácia Popular" não caracteriza, por si só, ilegalidade ou inconstitucionalidade a justificar a intervenção judicial. A suspensão se deu por critérios de conveniência e oportunidade da Administração e não viola os princípios da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência,

sequer o disposto nos arts. 196 da Constituição Federal e 25 da Lei nº 8.666/93.

5. O programa "Aqui Tem Farmácia Popular", enquanto esteve disponibilizado o credenciamento, ofertou igualdade de oportunidade a todos os estabelecimentos farmacêuticos, sem distinção, para adesão ao programa, inexistindo nos autos notícia de que a autora tenha solicitado o seu credenciamento em tempo oportuno. O simples fato da suspensão temporária, portanto, não implica em violação ao princípio da isonomia.

6. Também não há que se cogitar de violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência porque a suspensão temporária dos credenciamentos não impede a autora de exercer atividade econômica, sequer dá ensejo à concorrência desleal. Sim, pois se trata de programa de nítido caráter assistencial da população, que não foi concebido para fomentar as vendas e não tem o objetivo de aumentar o faturamento dos estabelecimentos credenciados.

7. A aventada violação ao art. 196 da Constituição Federal é despida de qualquer fundamento na medida em que o programa tem característica *complementar* de acesso à assistência farmacêutica. Ou seja, o acesso à saúde da população continua a ser garantido pelo SUS, nas unidades básicas de postos de saúde, tendo o programa Farmácia Popular natureza complementar, como alternativa de acesso.

8. A Lei nº 8.666/93 não cuidou do credenciamento, inexistindo sob sua égide qualquer imposição de cadastramento permanente de novos interessados. Não há que se cogitar de aplicação da regra inserta no parágrafo único do art. 79 da Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021, pois referida regra, além de necessitar de regulamentação, deve ser aplicada apenas aos credenciamentos a serem iniciados sob sua égide, sob pena de violação à segurança jurídica. Portanto, ela não tem o condão de obrigar a Administração Pública a realizar credenciamentos isolados daqueles que recorrem ao Judiciário porque ao tempo em que suspensos os novos credenciamentos ela não vicejava, não se podendo cogitar de ilegalidade.

9. Por fim, a questão da aventada violação ao art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 pela autora não merece maiores digressões porque ainda que eventualmente se reconheça que os convênios atualmente vigentes excedem cinco anos e que violariam a regra em comento, isso, por si só, não tem o condão de conduzir ao resultado almejado pela autora, qual seja, o reconhecimento do seu direito ao credenciamento.

10. Apelação improvida, com inversão da sucumbência.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, com imposição de honorários recursais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.



## RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em 23/09/2020 por RAPHAELLA RAMALHO RIBEIRO ME em face da UNIÃO objetivando que a ré seja condenada a realizar o credenciamento da autora no Programa “Aqui Tem Farmácia Popular”, expedindo todos os documentos necessários, em especial o Requerimento e Termo de Adesão – RTA.

Na inicial, alega que tentou fazer o seu credenciamento, mas verificou que os credenciamentos estão temporariamente suspensos desde o ano de 2014, o que lhe causa prejuízo concorrencial porque, estando fora do programa, vê dia a dia sua receita financeira diminuir, visto que “os consumidores além de receber gratuitamente os medicamentos nas redes credenciadas (suas concorrentes), acabam pela facilidade e comodidade adquirindo por meios próprios outros medicamentos e produtos”.

Argumenta que a suspensão de novos credenciamentos viola os princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência, o art. 196 da Constituição Federal ao restringir o acesso à saúde da população, bem como afronta a regra inserta no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 ao manter o credenciamento de farmácias por período superior a sessenta meses.

Sustenta que preenche todos os requisitos para adesão ao programa previstos na Portaria de Consolidação nº 5/2017, do Ministério da Saúde.

Aduz, por fim, que há acinte ao art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 10.000,00 (ID 263071713).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (ID 263071720).

A ré apresentou contestação (ID 263071723).

Houve réplica (ID 263071728).

Em 17/02/2022 o Juiz *a quo* proferiu sentença *julgando improcedente o pedido* e condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 1.212,00, na forma do art. 85, § 8º, do CPC (ID 263071815).

Embargos de declaração rejeitados (ID 263071823).

Inconformada, a autora interpôs apelação sustentando, em preliminar, a nulidade da sentença, por falta de fundamentação quanto a pontos fundamentais ao melhor deslinde da demanda, aventados nos embargos de declaração.

No mérito, defende que a sentença viola a Lei nº 14.133/2021, que em seus arts. 6º, XLIII e 79 obriga a abertura de novos credenciamentos. Insiste, ainda, que a recusa na emissão de RTA e na posterior análise dos requisitos do programa violam o art. 25 da Lei nº 8.666/93 e os princípios da isonomia, da proporcionalidade e da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como o art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 ao permitir que convênios permaneçam ativos por prazo superior a cinco anos. Defende que há dotação orçamentária para a manutenção do programa e que a decretação de calamidade pública por força da Covid-19 reforça a necessidade de reforma da sentença (ID 263071832).

Contrarrazões (ID 263071839).

É o relatório.

## VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator: Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação.

Com efeito, restou expressamente consignado na sentença que o credenciamento de novos estabelecimentos farmacêuticos no programa é ato discricionário do administrador, sendo descabido ao Judiciário emitir juízo de mérito sobre os atos da administração e formular políticas públicas. A sentença ainda assentou que a suspensão dos novos credenciamentos não viola os princípios que regem a administração pública e que a permanência dos atuais credenciados além do limite previsto em lei não é fundamento para obrigar a UNIÃO à abertura de novos credenciamentos.

Ou seja, o Juiz *a quo* adotou fundamentação suficiente no julgamento de improcedência do pedido, não havendo que se cogitar de nulidade pelo simples fato de não ter se manifestado expressamente sobre cada um dos argumentos que a parte gostaria de ver perscrutados, mas que não são fundamentais à solução da controvérsia posta em deslinde.

Prossigo.

Pretende a autora que a UNIÃO seja compelida pelo Poder Judiciário a aceitar o seu credenciamento no Programa “Aqui tem Farmácia Popular”, sob alegação de violação aos princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como ao disposto nos arts. 196 da Constituição Federal, 25 e 57, II, da Lei nº 8.666/93 e arts. 6º, XLIII e 79 da Lei nº 14.133/2021.

O Programa “Farmácia Popular”, conforme consta no site do Ministério da Saúde, “foi criado com o objetivo de oferecer mais uma alternativa de acesso da população aos medicamentos considerados essenciais”.

Basicamente, a Fundação Oswaldo Cruz entrega os medicamentos mediante ressarcimento apenas dos custos de produção ou aquisição, distribuição e dispensação, visando assegurar à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo.

Conforme informações encontradas no site do Ministério da Saúde, são disponibilizados gratuitamente medicamentos para o tratamento de hipertensão (pressão alta), diabetes e asma. Além destes, são disponibilizados, com até 90% de desconto, medicamentos para rinite, dislipidemia (colesterol alto), doença de Parkinson, osteoporose e glaucoma, bem como anticoncepcionais e fraldas geriátricas.

O programa foi criado pela Lei nº 10.858/2004, funcionando inicialmente apenas com rede própria, em parceria com governos estaduais, municipais e instituições públicas, e ampliado em março/2006, pela Portaria nº 491, do Ministério da Saúde, surgindo então as parcerias com a rede privada de farmácias, mediante convênio, com o nome de “Aqui tem Farmácia Popular”.

Os critérios para ingresso no programa são estabelecidos na Portaria nº 184/2011, do Ministério da Saúde.

Ocorre que o credenciamento de novos estabelecimentos no programa “Aqui tem Farmácia Popular”, constituído por meio de convênios com a rede privada de

farmácias e drogarias, está temporariamente *suspenso*, por deliberação do Ministério da Saúde desde o ano de 2014, *pautada dentre outros fatores, na meta e no orçamento estabelecidos*.

Como informa a ré em contestação, por meio da Nota Técnica nº 630/2020-CPFP/CGAFB/DAF/SCTIE/MS, a interrupção do credenciamento se deu *erga omnes* e não há, no momento, previsão para abertura de novos credenciamentos, estando o programa atualmente presente em 4.392 municípios brasileiros (78,9% dos municípios do Brasil), contando com 31.055 estabelecimentos farmacêuticos credenciados, o que significa o cumprimento da meta fixada.

Não há que se cogitar de direito ao credenciamento, mesmo que preenchidos os requisitos previstos na portaria de regência, enquanto não houver abertura do processo de credenciamento para novas farmácias e drogarias. Sim, pois a abertura de novos credenciamentos *não é ato vinculado*, mas sim *ato discricionário* da administração pública, ou seja, cabe ao gestor do programa analisar a *conveniência e oportunidade* da ampliação da rede de farmácias e drogarias participantes do programa, não cabendo ao Judiciário interferir na definição de políticas públicas, substituindo os gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, a menos no caso de comprovada ilegalidade ou de violação à ordem constitucional vigente, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – para promover a mudança das políticas adotadas.

No ponto, registro que “não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, (...), porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa” (SS 5379, Relator(a): Min. PRESIDENTE Decisão proferida pelo(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 26/08/2020, Publicação: 01/09/2020).

Portanto, a análise que cabe ao Judiciário, no caso, está restrita aos aspectos da legalidade e constitucionalidade, não cabendo nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

A suspensão temporária do credenciamento de farmácias no programa “Aqui tem Farmácia Popular” não caracteriza, por si só, ilegalidade ou inconstitucionalidade a justificar a intervenção judicial. A suspensão se deu por critérios de conveniência e oportunidade da Administração e não viola os princípios da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência, sequer o disposto nos arts. 196 da Constituição Federal e 25 da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, o programa “Aqui Tem Farmácia Popular”, enquanto esteve disponibilizado o credenciamento, ofertou igualdade de oportunidade a todos os estabelecimentos farmacêuticos, sem distinção, para adesão ao programa, inexistindo nos autos notícia de que a autora tenha solicitado o seu credenciamento em tempo oportuno. O simples fato da suspensão temporária, portanto, não implica em violação ao princípio da isonomia.

Também não há que se cogitar de violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência porque a suspensão temporária dos credenciamentos não impede a autora de exercer atividade econômica, sequer dá ensejo à concorrência desleal. Sim, pois se trata de programa de nítido caráter assistencial da população,

que não foi concebido para fomentar as vendas e não tem o objetivo de aumentar o faturamento dos estabelecimentos credenciados.

A aventada violação ao art. 196 da Constituição Federal é despida de qualquer fundamento na medida em que o programa tem característica *complementar* de acesso à assistência farmacêutica. Ou seja, o acesso à saúde da população continua a ser garantido pelo SUS, nas unidades básicas de postos de saúde, tendo o programa Farmácia Popular natureza complementar, como alternativa de acesso.

A Lei nº 8.666/93 não tratava do credenciamento, que era admitido pelo Tribunal de Contas da União como hipótese de inexigibilidade de licitação. Na mesma toada, o entendimento do STJ: “o Credenciamento constitui hipótese de inexigibilidade de licitação não prevista no rol exemplificativo do art. 25 da Lei n. 8.666/93, amplamente reconhecida pela doutrina especializada e pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que pressupõe inviável a competição entre os credenciados” (REsp 1747636/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019).

Ainda, de acordo o julgado citado acima:

“Para a Corte de Contas, a ausência de expressa previsão legal do credenciamento dentre os casos de inexigibilidade de licitação previstos na Lei 8.666/1993 não impede que a Administração lance mão de tal procedimento e efetue a contratação direta entre diversos fornecedores previamente cadastrados que satisfaçam os requisitos estabelecidos pela Administração (Acórdão 768/2013), respeitando-se requisitos como: i) contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; ii) garantia de igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; iii) demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma (Acórdão 2504/2017)”

Portanto, para a adoção regular do credenciamento, sob a égide da Lei nº 8.666/93, era preciso que se garantisse igualdade de condições a todos os interessados que satisfizessem as condições fixadas pela Administração, exatamente o que foi feito *in casu* durante o período de credenciamento, não havendo que se cogitar de violação ao art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, inexistia qualquer obrigação de permitir o cadastramento permanente de novos interessados. Essa obrigação foi imposta pela Lei nº 14.133/2021, que, abandonando o silêncio da Lei nº 8.666/93, trouxe normas gerais a respeito do credenciamento (art. 79), tratando-o como procedimento auxiliar das licitações e contratações (art. 78, I) e remetendo a definição do procedimento ao regulamento (art. 79, parágrafo único).

Sucede que referida regra, em vigor desde 1º/04/2021, além de necessitar de regulamentação, deve ser aplicada apenas aos credenciamentos a serem iniciados sob sua égide, sob pena de violação à segurança jurídica.

Portanto, ela não tem o condão de obrigar a Administração Pública a realizar credenciamentos isolados daqueles que recorrem ao Judiciário porque ao tempo em que suspensos os novos credenciamentos ela não vicejava, não se podendo cogitar de ilegalidade.

Por fim, a questão da aventada violação ao art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 não merece maiores digressões porque ainda que eventualmente se reconheça que os convênios atualmente vigentes excedem cinco anos e que violariam a regra em comento, isso, por si só, não tem o condão de conduzir ao resultado almejado pela autora, qual seja, o reconhecimento do seu direito ao credenciamento.

Para corroborar, colaciono precedentes no sentido do exposto:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR DO BRASIL. SUSPENSÃO DE CREDENCIAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. LIMITE DO CONTROLE JURISDICIONAL. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao recurso de apelação oferecido pela J. N. ELEUTÉRIO FARMÁCIA contra a r. sentença que julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial.

2. O Programa Farmácia Popular do Brasil foi implantado por meio da Lei n. 10.858/2004 e volta-se à assistência da saúde, com a finalidade de tornar eficaz o acesso da população aos medicamentos de baixo custo, sendo parte do custo dos medicamentos subsidiado pela União, mediante a assinatura de convênios firmados com Estados, Distrito Federal, Municípios e hospitais filantrópicos, bem como em rede privada de farmácias e drogarias, conforme o Decreto n. 5.090/2004.

3. As diretrizes do Programa Farmácia Popular do Brasil foram estabelecidas por meio de portaria do Ministro de Estado da Saúde e os interessados em aderir ao programa deviam firmar convênio, aceitando todas as regras estabelecidas pelo Governo Federal, para que recebessem a contrapartida na venda de medicamentos, que era transferida pelo Fundo Nacional de Saúde.

4. Entretanto, o credenciamento de novos estabelecimentos farmacêuticos, no Programa Farmácia Popular do Brasil, foi interrompido em 05/12/2014, por decisão discricionária do Ministério da Saúde.

5. Constata-se que a suspensão do credenciamento no Programa Farmácia Popular do Brasil não caracteriza, por si só, ilegalidade ou abusividade a justificar a intervenção judicial nas funções e atribuições típicas do Poder Executivo.

6. Ademais, o credenciamento de estabelecimentos farmacêuticos, no âmbito do Programa Farmácia Popular do Brasil, depende de meta e orçamento estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

7. Ressalta-se que não há registro de que a apelante tenha aderido, no momento oportuno, ao cadastramento disponibilizado pelo Ministério da Saúde.

8. Consoante o artigo 85, § 2º, IV, do Código de Processo Civil, o legislador estabeleceu critérios para a fixação dos honorários advocatícios, de acordo com o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

9. A fixação por apreciação equitativa fica restrita às "causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo", conforme o art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

10. Nos termos do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, a majoração dos honorários advocatícios é uma imposição na hipótese de se negar provimento ou rejeitar recurso interposto de decisão que já havia fixado honorários advocatícios sucumbenciais, respeitando-se os limites do § 2º do mencionado artigo.

11. Cumpre majorar em 1% (um por cento) os honorários advocatícios fixados anteriormente, em consonância com o artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil.

12. Preliminar rejeitada. Recurso de apelação desprovido.  
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5017414-55.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 08/10/2021, DJEN DATA: 15/10/2021)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. SUSPENSÃO DE CREDENCIAMENTO AO PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR DO BRASIL. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO DE EFEITOS GENÉRICOS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Preliminarmente, não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de provas, pois ao juiz, no livre exercício de apreciação dos documentos probantes, compete a análise detida dos elementos que possam conduzir à solução da causa, como lhe permite o ordenamento jurídico. No caso, as informações constantes do processo são suficientes para o seu julgamento.

2. Cinge a controvérsia na suspensão supostamente ilegal e imotivada de novos credenciamentos ao Programa Farmácia Popular do Brasil. A Lei n. 10.858/2004 instituiu referido programa com o objetivo de disponibilizar à população medicamentos básicos a baixo custo, por meio de convênios firmados entre o Ministério da Saúde e os Estados, Distrito Federal, Municípios, hospitais filantrópicos, assim como em redes privadas de farmácias e drogarias. O programa tem por escopo a complementação da distribuição de medicamentos disponibilizados pelo SUS e, portanto, visa atender primordialmente ao interesse público.

3. O ato de credenciamento dos estabelecimentos interessados depende do atendimento de diversos critérios e procedimentos definidos na Portaria de Consolidação n. 5/2017, cuja análise ocorre por ordem cronológica dos pedidos. Verifica-se que o credenciamento de novas farmácias e drogarias no programa foi temporariamente suspenso no dia 05.12.2014 e o apelante solicitou participação no programa em 30.12.2015, quando já estava suspenso.

4. O ato administrativo impugnado se deu por critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública que, nos termos das informações prestadas pela União, teve como motivação o atingimento de meta e de orçamento destinados ao programa. Importante ressaltar que os elementos motivo e objeto do ato discricionário compõem o seu mérito, não podendo haver controle do Judiciário, pois não há, no caso, qualquer indício de ilegalidade. Além disso, também não há que se falar em desvio de finalidade ou ferimento ao princípio da impessoalidade do ato que atingiu a todas as farmácias indistintamente e de maneira genérica, não sendo direcionado ao apelante que, inclusive, fez o seu pedido de credenciamento quando já havia sido estipulada a suspensão.

5. Também não merece prosperar o argumento de que haveria existência orçamentária para a participação de novos estabelecimentos, pois não compete ao Judiciário estabelecer as prioridades orçamentárias ou fazer o direcionamento do dinheiro público, sob pena de interferência indevida na Administração Pública. Precedentes do STJ.

6. Dessa forma, não restou demonstrada qualquer ilegalidade ou desvio de finalidade que justifique adentrar o mérito administrativo do ato, até porque o programa Farmácia Popular do Brasil deve priorizar o fornecimento dos medicamentos a baixo custo à população, e não o comércio, como pretende o apelante.

7. No que tange ao valor dos honorários advocatícios de sucumbência, verifica-se que a sentença recorrida respeitou o patamar mínimo de 10% sobre o valor da causa previsto no art. 85, §2º, do CPC, o que atende ao trabalho despendido pelos advogados durante o curso processual.



8. Apelação desprovida.

(AC 1000436-08.2019.4.01.3816, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 07/07/2020 PAG.)

E ainda: TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001897-49.2020.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 11/11/2021, DJEN DATA: 18/11/2021; TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005776-70.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 09/10/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2020.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Insubsistentes as razões do apelo, devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais, nesta Instância; assim, para a sucumbência neste apelo fixo honorários de 10% incidentes sobre a honorária já imposta (art. 85, § 1º, fine, combinado com o § 11 do CPC/15). Precedentes: ARE 991570 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2018 PUBLIC 17-05-2018 - ARE 1033198 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018 - ARE 1091402 ED-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 04-05-2018 PUBLIC 07-05-2018.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação, com imposição de honorários recursais.*

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5000410-46.2021.4.03.6004**

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: ALICE COSTA REGISTRADO(A) CIVILMENTE COMO OSMAR LUIZ COSTA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 06/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSO CIVIL. SERVIDORA MILITAR DA MARINHA DO BRASIL. PESSOA TRANSGÊNERO. DIREITO AO USO DE CABELOS E UNIFORME NOS MOLDES FEMININOS. INCLUSÃO DO NOME SOCIAL DA PLAQUETA DE IDENTIFICAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO. PRECEDENTE DO STF. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO IMPROVIDO.

I. A autora é mulher transgênero e servidora militar da Marinha do Brasil, que ajuizou a presente ação com o intuito de obter o direito ao uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos, bem como a utilização de seu nome social na plaqueta de identificação.

II. No âmbito do direito brasileiro, os artigos 3º e 5º da Constituição Federal trazem premissa fundamental alicerçada no direito à igualdade, onde se pretende proteger as pessoas de qualquer forma de discriminação praticadas pelo Estado ou por particulares que objetivem tratamento distinto devido a diferenças de origem, raça, sexualidade, idade e outras.

III. Com relação aos direitos das pessoas transgêneros, destaca-se o Relatório sobre Pessoas Trans e Diversidade de Gênero e seus Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 07 de agosto de 2020, que trouxe um estudo sobre as condições sociais das pessoas trans no continente americano, além de padrões a serem adotados pelos Estados-Membros para a efetivação de direitos fundamentais dentro de seus territórios.

IV. Feitas as referidas considerações, ao analisar o presente caso, verifica-se que a autora busca tão somente o reconhecimento de sua identidade como mulher transgênero dentro do Estado brasileiro, o que lhe foi negado pela instituição estatal a qual exerce cargo/função.

V. Ora, em que pese a alegação da União Federal no sentido de que ainda não houve a exclusão do nome civil e a reclassificação de gênero da autora na sua cédula de identidade, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADI 4275, que *"a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la"*

VI. Nessa esteira, não cabe ao Estado estabelecer parâmetros para a definição do gênero da pessoa, cabendo tal manifestação apenas ao próprio indivíduo. E, conseqüentemente, o modo como se dará essa manifestação também é atributo personalíssimo. A alteração no registro civil da pessoa transgênero é totalmente optativa, e não pode servir como instrumento definidor do gênero.

VII. Ademais, a alegação de que a autora foi aprovada em concurso público para vagas do sexo masculino e que estaria burlando o certame em que foi aprovada, é totalmente descabida.

VIII. Isso porque a União entende que a autora não pode ocupar as vagas reservadas aos militares do gênero masculino por ser uma mulher transgênero, mas, no momento em que prestou o concurso, também dificilmente seria aceita no quadro de militares do gênero feminino porque ainda possuía "*aparência masculina*", e tampouco estaria apta às referidas vagas na data atual em vista da ausência de mudança do nome do registro civil.

IX. Ou seja, de acordo com a interpretação da União, a autora em nenhuma hipótese poderá ingressar nas Forças Armadas, uma vez que não está "*qualificada*" em nenhum dos gêneros, o que configura uma clara tentativa de afastá-la do serviço militar através de uma espécie de paradoxo de exclusão.

X. E não bastasse essa lógica interpretativa enviesada, ainda refoge ao bom senso a ideia de que a autora optaria por sofrer cotidianamente preconceitos e humilhações em seu local de trabalho durante anos apenas para ingressar "*com mais facilidade*" em concurso destinado a pessoas do gênero masculino.

XI. Assim, por todos os ângulos analisados, não se vislumbra óbice ao reconhecimento do direito pleiteado, sendo irretocável a sentença proferida pelo MD. Juízo *a quo* no tocante à determinação para que a autora seja autorizada ao uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos do padrão da Marinha do Brasil, bem como que se adote o nome social em sua plaqueta de identificação do uniforme e em todos os documentos administrativos.

XII. No que tange ao pedido de indenização por danos morais, verifica-se que a sua incidência ocorre na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando aspectos mais íntimos da personalidade (intimidade e consideração pessoal) ou da própria valoração pessoal no meio em que vive e atua (reputação e consideração social).

XIII. *In casu*, verifica-se que o dano moral sofrido pela autora encontra reflexo na situação fática em virtude da humilhação sofrida perante seus pares e seus oficiais superiores no exercício de sua atividade militar. Há, portanto, nexos causal entre a atitude da Marinha do Brasil e o alegado abalo na dignidade da autora.

XIV. Com relação ao valor arbitrado, entendo que o montante fixado é adequado para cumprir a sua função compensatória, em vista da extensão do dano sofrido, bem como a sua função pedagógica, para desestimular a Marinha do Brasil à reiteração da conduta danosa praticada.

XV. Apelação a que se nega provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da União Federal,

mantendo, na íntegra, a douta sentença recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos morais ajuizada por Alice Costa em face da União Federal objetivando provimento jurisdicional que autorize a autora o uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos, bem como a adotar o nome social em sua plaqueta de identificação, e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Narra a autora que é servidora militar transgênero e ingressou com requerimento administrativo perante à Marinha do Brasil com o intuito de utilizar o uniforme militar e corte de cabelo nos padrões femininos, além do uso de seu nome social na plaqueta de identificação.

Alega, todavia, que os pedidos foram indeferidos sob o fundamento de ausência de previsão legal específica, o que afronta dispositivos constitucionais e o princípios da dignidade da pessoa humana.

Requer, assim, que a União Federal seja condenada na obrigação de autorizar a autora ao uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos, bem como a adotar o nome social em sua plaqueta de identificação. Pleiteia a condenação do ente federal ao pagamento de indenização por danos morais em razão do constrangimento sofrido.

Foi deferida a tutela provisória de urgência para autorizar o uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos do padrão da Marinha do Brasil, bem como que adote o nome social em sua plaqueta de identificação do uniforme, sob pena diária de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de descumprimento da medida (ID 257778595).

Houve a interposição de Agravo de instrumento (Proc. nº 5017956-84.2021.4.03.0000), sendo indeferida a liminar por este Relator.

A União Federal apresentou contestação sustentando, em síntese, que a carreira ocupada pela autora é exclusiva do sexo masculino e exige aptidão física incompatível com a sua constituição física e que a imposição pretendida pela autora viola o princípio da discricionariedade administrativa. Aduz que a autora, apesar de averbar o seu nome social no registro civil de identidade, não alterou o seu nome civil e sua classificação de gênero. Argumenta, ainda, que o ingresso da autora nos quadros da Marinha se deu em vaga de concurso destinada a pessoas do sexo masculino e que o seu reenquadramento funcional para cargo/função destinado ao sexo feminino resta impossibilitado (ID 257778616).

A parte autora ingressou com Réplica (ID 257778629).

A r. sentença monocrática julgou procedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, para determinar à Marinha do Brasil que autorize o uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos, bem como que adote o nome social em sua plaqueta de identificação do uniforme e em todos os documentos administrativos, e para condenar a União Federal ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), acrescidos de correção monetária e juros de mora. Condenou a União Federal, ainda, ao

pagamento de honorários advocatícios nos percentuais mínimos fixados no §3º do artigo 85 do CPC.

A União Federal interpôs recurso de apelação requerendo a reforma da sentença, com a total improcedência da ação (ID 257778802).

Em contrarrazões, a parte autora requer a majoração da indenização por danos morais (ID 257778804).

Subiram os autos a esta Corte Regional.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal se manifestou pelo desproimento da apelação da União Federal.

*É o relatório.*

### **VOTO**

Preliminarmente, não conheço do pedido feito em contrarrazões de apelação quanto à majoração da indenização por danos morais, por não se tratar da via recursal adequada para se pleitear a reforma total ou parcial da r. sentença.

Ainda, antes de adentrar no mérito da questão, é necessário esclarecer que a ação originária ajuizada pela autora Alice Costa busca provimento jurisdicional que lhe autorize a utilizar uniformes e cabelos nos moldes femininos, bem como adotar o nome social "Alice Costa" em sua plaqueta de identificação, além de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Assim sendo, percebe-se que a autora não pleiteia o seu reenquadramento funcional para outro cargo dentro da instituição, em que pesem as alegações da União Federal.

Portanto, entendo que a discussão a respeito dos referidos temas é incabível dentro do presente processo, uma vez que desborda do objeto da ação.

Esclarecido tal ponto, passo, então, à análise do mérito.

Cinge-se a controvérsia sobre a proteção à identidade de pessoa transgênero no quadro de militares das Forças Armadas do Brasil.

A autora, Alice Costa, é mulher transgênero e servidora militar da Marinha do Brasil, que ajuizou a presente ação com o intuito de obter o direito ao uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos, bem como a utilização de seu nome social na plaqueta de identificação.

O tema atinente à questão envolvendo as distinções entre sexo biológico, gênero e sexualidade (ou orientação sexual) ainda é objeto de pesquisa dentro de diversas áreas que estudam a sexualidade humana, sendo um consenso atual que os três aspectos, apesar de estarem inter-relacionados, não possuem vinculação entre si.

O autor e psicanalista francês Jean Laplanche, em sua obra *Sexual. La sexualité élargie au sens freudien*, coloca em perspectiva os termos-chaves:

"O gênero é plural. Pode ser duplo, como masculino-feminino, mas não o é por natureza. Muitas vezes é plural, como na história das línguas e na evolução social. O sexo é dual. Tanto pela reprodução sexuada como por sua simbolização hu-

mana, que fixa essa dualidade de maneira estereotipada em: presença/ausência, fático/castrado.

O sexual é múltiplo, polímorfo. Descoberta fundamental de Freud que encontra seu fundamento no recalçamento, no inconsciente, no fantasma. É o objeto da psicanálise.” (p. 153)

Sobre a vasta bibliografia que aborda o tema, destacam-se ainda os trabalhos do filósofo Michel Foucault, em sua obra *L'Histoire de la sexualité*, que traz um estudo sobre a sexualidade ocidental com todas as suas implicações sociais, e a extensa e importantíssima obra da filósofa Judith Butler, que revelou aspectos da sexualidade para além do binômio masculino/feminino, além de apontar a inexistência de vínculo entre sexo e gênero.

Com o surgimento dos movimentos sociais reivindicando igualdade de gênero e a defesa das pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA, a ciência jurídica, ainda que timidamente, passou a compreender a necessidade de adoção de medidas que resguardassem os direitos fundamentais dessas minorias.

No âmbito do direito brasileiro, os artigos 3º e 5º da Constituição Federal trazem premissa fundamental alicerçada no direito à igualdade, onde se pretende proteger as pessoas de qualquer forma de discriminação praticadas pelo Estado ou por particulares que objetivem tratamento distinto devido a diferenças de origem, raça, sexualidade, idade e outras.

Da mesma forma, como bem salientou o MD. Juízo *a quo*, tal disposição encontra reflexos nos tratados internacionais sobre direito humanos, em especial: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Com relação aos direitos das pessoas transgêneros, destaca-se o Relatório sobre Pessoas Trans e Diversidade de Gênero e seus Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 07 de agosto de 2020, que trouxe um estudo sobre as condições sociais das pessoas trans no continente americano, além de padrões a serem adotados pelos Estados-Membros para a efetivação de direitos fundamentais dentro de seus territórios.

Feitas as referidas considerações, ao analisar o presente caso, verifica-se que a autora busca tão somente o reconhecimento de sua identidade como mulher transgênero dentro do Estado brasileiro, o que lhe foi negado pela instituição estatal a qual exerce cargo/função.

Em verdade, não se trata de ato isolado praticado pelas Forças Armadas do Brasil, haja vista a proliferação de ações judiciais por todo o país almejando direito semelhante, qual seja, o reconhecimento da identidade das pessoas trans dentro dos quartéis.

Tal cenário, resultou, inclusive, no ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria Pública da União - DPU (Proc. nº 0002781-93.2018.4.02.5101), cujo acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região



deu parcial provimento à apelação da DPU para “condenar a União, em todos os seus órgãos das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica, a reconhecer o nome social dos seus militares transgêneros, assim como se abster de reformá-los mediante a alegação da doença ‘transexualismo’”.

Assim sendo, é possível concluir que a negativa de reconhecimento de identidade das pessoas transgêneros no âmbito das Forças Armadas se trata de ação deliberada e sistemática, caracterizando flagrante violação aos seus direitos fundamentais, situação esta que se repete no caso da autora.

Ora, em que pese a alegação da União Federal no sentido de que ainda não houve a exclusão do nome civil e a reclassificação de gênero da autora na sua cédula de identidade, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADI 4275, que *“a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la”, in verbis:*

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. Ação direta julgada procedente.”

(ADI 4275, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019)

Nessa esteira, não cabe ao Estado estabelecer parâmetros para a definição do gênero da pessoa, cabendo tal manifestação apenas ao próprio indivíduo. E, consequentemente, o modo como se dará essa manifestação também é atributo personalíssimo.

Portanto, a alteração no registro civil da pessoa transgênero é totalmente optativa, e não pode servir como instrumento definidor do gênero.

Ademais, a alegação de que a autora foi aprovada em concurso público para vagas do sexo masculino e que estaria burlando o certame em que foi aprovada, é totalmente descabida.

Isso porque a autora ingressou nos quadros da Marinha muitos anos antes de seu processo de redesignação de gênero. Por conseguinte, ainda que as vagas para integrantes do gênero feminino fossem mais escassas e mais disputadas (o

que, diga-se, trata-se de mera especulação, pois tal fato sequer restou comprovado pela União), resta evidente que a Marinha jamais permitiria o ingresso da autora, à época, no referido concurso para militares do gênero feminino devido às suas características masculinas, como também apresenta obstáculo atualmente para reconhecer a sua identidade feminina apesar do avançado processo de redesignação de gênero.

Em resumo, a União entende que a autora não pode ocupar as vagas reservadas aos militares do gênero masculino por ser uma mulher transgênero, mas, no momento em que prestou o concurso, também dificilmente seria aceita no quadro de militares do gênero feminino porque ainda possuía *"aparência masculina"*, e tampouco estaria apta às referidas vagas na data atual em vista da ausência de mudança do nome do registro civil.

Ou seja, de acordo com a interpretação da União, a autora em nenhuma hipótese poderá ingressar nas Forças Armadas, uma vez que não está *"qualificada"* em nenhum dos gêneros, o que configura uma clara tentativa de afastá-la do serviço militar através de uma espécie de paradoxo de exclusão.

E não bastasse essa lógica interpretativa enviesada, ainda refoge ao bom senso a ideia de que a autora optaria por sofrer cotidianamente preconceitos e humilhações em seu local de trabalho durante anos apenas para ingressar *"com mais facilidade"* em concurso destinado a pessoas do gênero masculino.

Assim, por todos os ângulos analisados, não se vislumbra óbice ao reconhecimento do direito pleiteado, sendo irretocável a sentença proferida pelo MD. Juízo *a quo* no tocante à determinação para que a autora seja autorizada ao uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos do padrão da Marinha do Brasil, bem como que se adote o nome social em sua plaqueta de identificação do uniforme e em todos os documentos administrativos.

No que tange ao pedido de indenização por danos morais, mister se faz tecer as seguintes considerações.

Dano moral, de acordo com a melhor doutrina e com o entendimento sedimentado nas cortes superiores, é a lesão a direito da personalidade. Em outros termos, corresponde a toda violação ao patrimônio imaterial da pessoa no âmbito das suas relações de direito privado. Não se confunde, no entanto, e nem poderia, sob pena de banalização do instituto, com acontecimentos cotidianos que, apesar de incomodarem, não têm aptidão para atingir, de forma efetiva, direitos da personalidade. Tais acontecimentos têm sido tratados, com acerto, pela jurisprudência, como *"meros aborrecimentos"*, inafastáveis na sociedade contemporânea, devendo ser suportados por seus integrantes, ou punidos administrativamente, para que o instituto do dano moral não perca seu real sentido, sua verdadeira função: compensar o lesado pela violação à sua personalidade.

Com efeito, danos morais são os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando aspectos mais íntimos da personalidade (intimidade e consideração pessoal) ou da própria valoração pessoal no meio em que vive e atua (reputação e consideração social).

Não se pode dar guarida a suscetibilidades exageradas e interpretar os aborrecimentos cotidianos como causadores de abalos psíquicos ou à personalidade. Sérgio Cavalieri nos ensina que:

"(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente ao comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral" (Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 76)

No mesmo sentido, Antônio Jeová Santos assevera:

"O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar sem exitar o autêntico dano moral" (Dano moral indenizável, 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 113).

*In casu*, verifica-se que o dano moral sofrido pela autora encontra reflexo na situação fática em virtude da humilhação sofrida perante seus pares e seus oficiais superiores no exercício de sua atividade militar.

Há, portanto, nexos causal entre a atitude da Marinha do Brasil e o alegado abalo na dignidade da autora.

Com relação ao valor arbitrado, entendo que o montante fixado é adequado para cumprir a sua função compensatória, em vista da extensão do dano sofrido, bem como a sua função pedagógica, para desestimular a Marinha do Brasil à reiteração da conduta danosa praticada.

Assim sendo, deve ser mantida, na íntegra, a condenação à indenização por danos morais.

Por fim, condeno a União federal ao pagamento de honorários advocatícios recursais que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico.

Isto posto, *nego provimento à apelação da União Federal*, mantendo, na íntegra, a dought sentença recorrida.

*É o voto.*

Desembargador Federal Wilson Zauhy:

Trata-se de apelação da União em face de sentença de procedência ao pedido da autora, para a) determinar à ré que autorize o uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos do padrão da Marinha do Brasil, bem como que adote o nome social em sua plaqueta de identificação do uniforme e em todos os documentos

administrativos; b) condenar a parte ré ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

O e. Relator em preliminar não conheceu do pedido feito em contrarrazões de apelação quanto à majoração da indenização por danos morais, por não se tratar da via recursal adequada para se pleitear a reforma total ou parcial da sentença.

No mérito, entendeu o Relator que não se vislumbra óbice ao reconhecimento do direito pleiteado, sendo irretocável a sentença proferida pelo Juízo "a quo" quanto a determinação para que a autora seja autorizada ao uso de uniformes e cabelos nos moldes femininos do padrão da Marinha do Brasil, bem como que se adote o nome social em sua plaqueta de identificação do uniforme e em todos os documentos administrativos.

Acrescenta o Relator que o dano moral sofrido pela autora encontra reflexo na situação fática em virtude da humilhação sofrida perante seus pares e seus oficiais superiores no exercício de sua atividade militar. Com relação ao valor arbitrado, entendeu que o montante fixado é adequado para cumprir a sua função compensatória, em vista da extensão do dano sofrido, bem como a sua função pedagógica, para desestimular a Marinha do Brasil à reiteração da conduta danosa praticada (danos morais fixados em R\$ 80.000,00).

Após detida análise, não tenho dúvidas em acompanhar o e. Relator para negar provimento à apelação da União.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5000474-90.2021.4.03.6122**

Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT  
 Apelado: TRANSROMANO TRANSPORTADORA LTDA  
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA  
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MULTA IMPOSTA POR AGÊNCIA REGULADORA. PODER DE POLÍCIA. PAGAMENTO COM DESCONTO DE 30%. RES. ANTT 5.083/16. NECESSIDADE DE ENVIO DE TERMO DE RENÚNCIA A RECURSO ADMINISTRATIVO. INTERPRETAÇÃO LITERAL E RESTRITIVA DA NORMA INSTITUIDORA DE BENEFÍCIOS.

1. A questão posta nos autos diz respeito à exigibilidade de sanção administrativa imposta pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, no exercício de seu poder de polícia.

2. As agências reguladoras são autarquias especiais, dotadas de alto grau de especialização técnica e autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, concebidas com finalidade de regulação e fiscalização de setores econômicos explorados pela iniciativa privada, de modo a assegurar a preponderância do interesse público, nos termos do art. 174 da Constituição Federal. Por sua vez, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT é amplamente disciplinada pela Lei 13.848/19 e, de modo específico, pela Lei 10.233/01.

3. Verifica-se que o art. 86 da Resolução ANTT 5.083/16 concede desconto de 30% no valor das multas administrativas aos infratores que renunciarem expressamente ao direito de interpor recurso administrativo contra a decisão que tiver lhe imposto a penalidade. Ademais, o parágrafo único do dispositivo citado estabelece a renúncia ao duplo grau de jurisdição administrativa será feita mediante envio de termo de renúncia, acompanhado de comprovante de pagamento.

4. Na situação, a controvérsia reside no fato de que o excipiente, embora tenha recolhido o valor da multa tempestivamente, usufruindo do desconto de 30%, deixou de encaminhar à Agência Reguladora o termo de renúncia de recurso administrativo, exigido pelo ato normativo.

5. É sabido que as normas que instituem benefícios, tributários ou não tributários, exigem interpretação literal e restritiva, justamente porque excepcionam a exigibilidade de crédito público. Ademais, verifica-se que, conforme comprovante de pagamento acostado pelo excipiente (ID 261646461) consta expresso em todos os boletos que para garantir o desconto (...) *é necessário encaminhar para ANTT, até a data final para interposição de recurso, termo de renúncia de recurso (disponível em [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br)) anexado ao comprovante de pagamento (Res. ANTT nº 5.083/2016).*

6. A hipótese é, portanto, de falta de diligência do particular que não observou integralmente o procedimento a ser realizado para obtenção

da quitação com desconto dos valores discutidos, mantendo-se hígida a exigibilidade do crédito.

7. Apelação provida para rejeitar a exceção de pré-executividade, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para rejeitar a exceção de pré-executividade, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposta pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, contra sentença que acolheu exceção de pré-executividade oposta por Transromano Transportadora LTDA - EPP, extinguindo a execução fiscal ajuizada para cobrança do crédito público inscrito na Certidão de Dívida Ativa nº 4.006.011660/21-89.

Em suas razões recursais, a Agência Reguladora sustenta que o excipiente não cumpriu integralmente os requisitos previstos no art. 86 da Resolução ANTT 5.083/16, para que desfrute do benefício de desconto de 30% no pagamento das multas impostas nos processos administrativos nº 50510.055322/2016-80 (auto de infração nº 2997374) e 50510.055321/2016-35 (auto de infração nº 2997373).

Com contrarrazões, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

### **VOTO**

A questão posta nos autos diz respeito à exigibilidade de sanção administrativa imposta pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, no exercício de seu poder de polícia.

As agências reguladoras são autarquias especiais, dotadas de alto grau de especialização técnica e autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, concebidas com finalidade de regulação e fiscalização de setores econômicos explorados pela iniciativa privada, de modo a assegurar a prevalência do interesse público, nos termos do art. 174 da Constituição Federal.

Por sua vez, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT é amplamente disciplinada pela Lei 13.848/19 e, de modo específico, pela Lei 10.233/01.

Verifica-se que o art. 86 da Resolução ANTT 5.083/16 concede desconto de 30% no valor das multas administrativas aos infratores que renunciarem expressamente ao direito de interpor recurso administrativo contra a decisão que tiver lhe imposto a penalidade. Ademais, o parágrafo único do dispositivo citado esta-



belece a renúncia ao duplo grau de jurisdição administrativa será feita mediante envio de termo de renúncia, acompanhado de comprovante de pagamento. *Verbis:*

Art. 86. Será concedido desconto de 30% (trinta por cento) ao valor da multa, na hipótese de o infrator renunciar expressamente ao direito de interpor recurso administrativo contra a decisão que lhe aplicou sanção, no prazo do art. 85.

Parágrafo único. A renúncia ao direito de interpor recurso administrativo constitui confissão de dívida e será formalizada mediante termo que observará os modelos aprovados pelas Superintendências de Processos Organizacionais competentes, o qual será postado ou protocolado na ANTT, e acompanhado do comprovante de pagamento.

Na situação, a controvérsia reside no fato de que o excipiente, embora tenha recolhido o valor da multa tempestivamente, usufruindo do desconto de 30%, deixou de encaminhar à Agência Reguladora o termo de renúncia de recurso administrativo, exigido pelo ato normativo.

Primeiramente, é sabido que as normas que instituem benefícios, tributários ou não tributários, exigem interpretação literal e restritiva, justamente porque excepcionam a exigibilidade de crédito público. Ademais, verifica-se que, conforme comprovante de pagamento acostado pelo excipiente (ID 261646461) consta expresso em todos os boletos que *para garantir o desconto (...) é necessário encaminhar para ANTT, até a data final para interposição de recurso, termo de renúncia de recurso (disponível em [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br)) anexado ao comprovante de pagamento (Res. ANTT nº 5.083/2016).*

A hipótese é, portanto, de falta de diligência do particular que não observou integralmente o procedimento a ser realizado para obtenção da quitação com desconto dos valores discutidos, mantendo-se hígida a exigibilidade do crédito.

Observa-se o precedente desta E. Turma:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA REGULADORA. PAGAMENTO DE CRÉDITO PÚBLICO COM DESCONTO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA RES. ANTT Nº 5.083/2016. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.

1. A questão posta nos autos diz respeito à inexigibilidade de crédito público.
2. A tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, objetiva adiantar a satisfação da medida pleiteada, garantindo a efetividade do direito material discutido. Para tanto, nos termos do art. 300 do atual Código de Processo Civil, exige-se, cumulativamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).
3. Na hipótese, verifica-se que, uma vez questionada (protocolo nº 6779363), a Ouvidora da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT esclareceu que “(...)as multas foram pagas com o desconto de 30%, porém não identificamos o envio dos documentos necessários à homologação do referido desconto. Por esse motivo o desconto não foi homologado e o débito somente será considerado quitado após o pagamento do resíduo. Caso o envio tenha sido realizado, favor informar o código de rastreamento do objeto referente aos documentos para que possamos verificar e realizar as devidas baixas. Esclarecemos que conforme previsão do art. 86 da Resolução ANTT nº 5083/2016, a concessão do desconto de 30% sobre o valor da multa estava condicionada ao envio do Termo de Renúncia

de Recurso e do comprovante de pagamento dentro do prazo para interposição de recurso (10 dias contados do recebimento da multa)."

4. Conforme bem destacou o juiz de primeiro grau, consta expresso em todos os boletos (ID 57551234, 57551236, 57551238 dos autos de origem) que "para garantir o desconto (...) é necessário encaminhar para ANTT, até a data final para interposição de recurso, termo de renúncia de recurso (disponível em [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br)) anexado ao comprovante de pagamento (Res. ANTT nº 5.083/2016)."

5. Verifica-se, portanto, ser caso de falta de diligência da particular que não observou integralmente o procedimento a ser realizado para obtenção da quitação com desconto dos valores em tela. Contudo, tendo ocorrido inequívoco pagamento de 70% de cada uma das multas questionadas, não é razoável que se proceda à cobrança do valor total da dívida, como feito pela Agência Reguladora.

6. Reconhecida, em juízo de cognição sumária, a inexigibilidade dos créditos públicos no importe de 70% de cada uma das anotações, permitindo-se o emprego dos meios legais de cobrança quanto ao restante.

7. Agravo de instrumento provido em parte.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5017528-05.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 11/11/2021, Intimação via sistema DATA: 19/11/2021)

Em face do exposto, dou provimento à apelação para rejeitar a exceção de pré-executividade, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal.

É o voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

### **5002948-33.2022.4.03.0000**

Agravante: ANDRAPEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE PAPEL E PLÁSTICO LTDA

Agravados: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERINTENDENTE DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA 8ª REGIÃO FISCAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/11/2022

### **EMENTA**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. PAGAMENTO. REINCLUSÃO. POSSIBILIDADE.

1. A Lei Complementar nº 123/2006 instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), estabelece em seu artigo 16 que serão consideradas inscritas as microempresas e empresa de pequeno porte regularmente optantes do Simples Federal, desde que cumpram os requisitos legais.

2. O Simples Nacional é um benefício facultativo aos contribuintes e encontra-se em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição Federal, bem como com o princípio da capacidade contributiva, vez que favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

3. *In casu*, é bem de ver que a agravante foi indevidamente excluída do regime de tributação do Simples Nacional, pois referida exclusão decorreu de débito tributário atualmente extinto.

4. A inaptidão da agravante por conduta do Fisco está a comprometer a sua própria existência, o que se afigura inadmissível por violação ao primado constitucional do livre exercício da atividade econômica.

5. Agravo de instrumento provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento para afastar os efeitos do ato de exclusão da agravante no Simples Nacional, qual seja, ADE RFB/ATA nº 351928, de 22/08/2008, bem como o ato relativo a inaptidão de seu CNPJ, ADE RFB/ATA nº 012225152, de 13/01/2022, desde os únicos motivos de sua exclusão sejam os aqui mencionados, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e a Des. Fed. MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por ANDRAPEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE PAPEL E PLÁSTICO LTDA. – EPP em face r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que indeferiu a medida liminar pleiteada nos autos da ação anulatória nº 5000037-67.2022.403.6137 visando obter o provimento jurisdicional para afastar os Atos Declaratórios de Exclusão (ADE) do Simples Nacional e de declaração de inaptidão de CNPJ.

Alega a agravante, em síntese, que está paralisada, impedida de operar, comprar, vender e/ou emitir Nota Fiscal, bem como movimentação bancária, com sérios riscos de sua subsistência, posto que bloqueado o seu CNPJ, em decorrência dos ADES combatidos.

Sustenta que o juízo de origem indeferiu a medida liminar, apontando como razão de decidir que não é possível afirmar que a exclusão da parte autora do regime do Simples nacional decorreu unicamente do crédito inscrito na CDA nº 80.4.06.01969-01 e dos desdobramentos desse fato, destacando que no parecer SACAT nº 10820/197/2010, proferido no PAF nº 13821.000427/2008-51, é mencionado que não foram regularizadas as pendências apontadas, no plural, inferindo-se tratar de mais de uma pendência, impossibilitando inferir que o PAF nº 13821.000427/2008-51 decorre unicamente da pendência constatada no PAF nº 13821.000015/00-39. E ainda, que, é necessário apurar se realmente havia mais de uma pendência a ser regularizada, se essas pendências decorrem somente da dívida inscrita na CDA nº 80.4.06.01969-01 ou se são pendências decorrentes de fatos diversos.

Aduz que o ato combatido motivador da exclusão, qual seja, ADE DRF/ATA nº 351928, de 22/08/2008, informa que a exclusão ocorreu pela existência de débitos para com a Fazenda Pública Federal, apontando que o motivo da exclusão do débito é a CDA nº 80.4.06.01969-01, que encontrava-se garantida por penhora, atualmente anulada por determinação judicial.

Deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para afastar os efeitos do ato de exclusão da agravante no Simples Nacional, qual seja, ADE RFB/ATA nº 351928, de 22/08/2008, bem como o ato relativo a inaptidão de seu CNPJ, ADE RFB/ATA nº 012225152, de 13/01/2022, desde os únicos motivos de sua exclusão sejam os aqui mencionados (ID 256775548).

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta (ID 254339231). É o relatório.

## VOTO

A Constituição Federal, visando conferir tratamento tributário diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, estabeleceu que caberia à lei complementar instituir regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante o artigo 146, inciso III, “d” e parágrafo único.

Assim, foi editada a Lei Complementar nº 123/2006 instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), estabelece em seu artigo 16 que serão consideradas inscritas as microempresas e empresa de pequeno porte regularmente optantes do Simples Federal, desde que cumpram os requisitos legais, *verbis*:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar.

(...)

§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

O Simples Nacional é um benefício facultativo aos contribuintes e encontra-se em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição Federal, bem como com o princípio da capacidade contributiva, vez que favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

No caso em tela, a agravante alega ter sido indevidamente excluída do regime de tributação do Simples Nacional, pois a exclusão decorreu de débito tributário atualmente extinto.

A parte autora, ora agravante, foi excluída do “Simples Nacional”, por infração ao disposto no inciso V, do artigo 17, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Ocorre que a própria União Federal, em sua contraminuta, aponta que a CDA nº 80.4.06.01969-01, que foi o motivo de exclusão da agravante do Simples, foi anulada e que outro débito que existia em desfavor da agravante, foi extinto pelo pagamento em 29/04/2020, razão pela qual não haveria qualquer impedimento para a reinclusão da agravante no Simples.

No entanto, a agravante não só foi excluída do Simples, como teve seu CNPJ bloqueado, já que a Receita Federal do Brasil tornou a empresa “inapta”, cassando sua habilitação para regularmente operar.

Como é bem de ver a inaptidão da agravante por conduta do Fisco está a comprometer a sua própria existência, o que se afigura inadmissível por violação

ao primado constitucional do livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único da Magna Carta).

Nesse sentido, colaciono julgados desta e. Corte, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SIMPLES NACIONAL. CNPJ. RESTABELECIMENTO. PAGAMENTO. PRESTAÇÕES. EMPRESA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. I - O Simples Nacional constitui um regime simplificado e favorecido de tributação que está em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal, e com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, já que favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

II - Todavia, a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES NACIONAL por inadimplemento de obrigação tributária correspondente à competência de abril de 2015 ficou prejudicada diante da adesão do devedor a parcelamento e do pagamento das prestações.

III - Embora a desvinculação date de setembro de 2015 e o parcelamento, de junho de 2017, o contribuinte ofereceu impugnação contra o termo de exclusão, o que, nos termos do artigo 39, §6º, da LC 123 de 2006 e do artigo 75, §3º, da Resolução CGSN n. 94 de 2011, suspendeu os efeitos do ato administrativo, inclusive pela remissão expressa feita ao procedimento de exigência de tributos federais - que prevê a suspensão da exigibilidade do crédito em função de reclamação e recurso. A suspensão subsistiu até a desistência da impugnação administrativa (junho de 2017), feita justamente com o propósito de aderir a parcelamento tributário. Segundo os comprovantes juntados e o extrato fiscal a pessoa jurídica cumpriu as quatro parcelas fixadas.

IV - Desta forma, além de ela ter quitado o débito nos trinta dias seguintes à desistência da impugnação administrativa, enquanto fator de restauração da exigibilidade do crédito, a outorga de parcelamento antes da exclusão definitiva deve ser interpretada como pagamento tempestivo, capaz de manter a empresa no SIMPLES NACIONAL. Ademais, a Resolução mais recente do CGSN (n. 140 de 2018) considera expressamente o cumprimento do parcelamento forma de permanência da microempresa ou empresa de pequeno porte no SIMPLES NACIONAL.

V - O desligamento, portanto, de Lyro Comércio de Artigos Religiosos Ltda. não pode subsistir, como fruto de uma interpretação teleológica do artigo 9º da LC n. 155 de 2016 e do artigo 31, §2º, da LC n. 123 de 2006 e da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A posterior inaptidão da empresa (Ato Declaratório Executivo n. 005629385) também deve ser suspensa. Isso porque ela decorre da concretização da exclusão do SIMPLES NACIONAL, que levou a sociedade a se submeter às obrigações tributárias acessórias em geral (artigo 32, caput, da LC n. 123 de 2006), cujo descumprimento consecutivo torna inapta a inscrição do devedor no CNPJ (artigo 81, caput, da Lei n. 9.430 de 1996).

VI - Apelação provida para suspender os efeitos do Ato Declaratório Executivo (ADE) DERAT/SPO n. 1814974 de 2015, com o restabelecimento da inscrição da empresa no SIMPLES NACIONAL e no CNPJ. Sem honorários.

(TRF 3ª/R, ApCiv 5001689-41.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, Terceira Turma, Julg.: 09/10/2020, Intimação via sistema DATA: 13/10/2020).



ADMINISTRATIVO. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. ERRO DO CONTRIBUINTE. RETIFICAÇÃO DO ERRO. PRINCÍPIOS RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REINCLUSÃO. SIMPLES NACIONAL. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Lei Complementar nº 123/2006 instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), estabelece em seu artigo 16 que serão consideradas inscritas as microempresas e empresa de pequeno porte regularmente optantes do Simples Federal, desde que cumpram os requisitos legais.

2. O Simples Nacional é um benefício facultativo aos contribuintes e encontra-se em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição Federal, bem como com o princípio da capacidade contributiva, vez que favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

3. A apelante ao incluir no cadastro do CNPJ as atividades econômicas CNAE 39.00-5/00 e 43.99-1/01 teve impedida a sua adesão ao Simples Nacional, considerando o enunciado do §3º, II do art. 30, da referida Lei Complementar.

4. A recorrente ao notar o equívoco que causou sua exclusão do Simples Nacional, alterou o seu contrato social para excluir as referidas atividades vedadas, conforme documento de fls. 38/44- Id. 143204573, datado de 02/06/2014.

5. Na espécie, observa-se que a recorrente ao tomar conhecido do equívoco ocorrido, imediatamente excluiu as duas atividades que se enquadrariam na vedação contida no artigo 17 da Lei Complementar 123/2006, de modo a afastar os fundamentos de sua exclusão, não se mostrando minimamente razoável sua exclusão do regime simplificado, sob pena de afronta aos princípios da proporcionalidade da razoabilidade, ainda mais se considerarmos que ela continuou a recolher por seus impostos nessa modalidade, inexistindo qualquer prejuízo ao Fisco.

6. Reformada a r. sentença para que seja provida ação a fim de determinar a manutenção da recorrente no regime simplificado desde 01/02/2013, anulando o ato que determinou sua exclusão do referido sistema de arrecadação.

7. Invertido o ônus da sucumbência a fim de condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 85, §8º do Código de Processo Civil.

8. Apelo provido.

(TRF 3ª/R, ApCiv 0000855-96.2014.4.03.6004, Rel. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, Quarta Turma, Julg.: 15/07/2022, DJEN DATA: 20/07/2022).

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para afastar os efeitos do ato de exclusão da agravante no Simples Nacional, qual seja, ADE RFB/ATA nº 351928, de 22/08/2008, bem como o ato relativo a inaptidão de seu CNPJ, ADE RFB/ATA nº 012225152, de 13/01/2022, desde os únicos motivos de sua exclusão sejam os aqui mencionados nos termos da fundamentação.

É como voto.

# **Direito Civil**





## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0003285-92.2012.4.03.6100**

Apelantes: HOME APPLIANCE DO BRASIL LTDA, DUNA ENTERPRISES S.L., CROWLAND S.A., MK ELETRODOMÉSTICOS MONDIAL S.A.  
Apelados: DUNA ENTERPRISES S.L., BAYARI HOLDINGS S/A, INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, HOME APPLIANCE DO BRASIL LTDA, CROWLAND S.A., MK ELETRODOMÉSTICOS MONDIAL S.A.  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. INPI. ASSISTENTE LITISCONSORCIAL ATÍPICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. REGISTRO SEM RESSALVA DE EXCLUSIVIDADE.

- Com base no art. 175 da Lei 9.279/1996 combinado com o art. 124 do CPC/2015, quando não for autor, a posição processual do INPI é de assistente litisconsorcial sui generis (ou atípico) em ação de nulidade de registro, por ser obrigatória e por influir na relação jurídica entre as partes, admitindo-se a "migração interpolar" da autarquia (litisconsórcio dinâmico) pois pode se abster de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, sempre em favor do interesse público. Somente em circunstâncias especiais o INPI pode figurar como réu (em litisconsórcio passivo necessário), notadamente se o vício for relacionado ao próprio registro ou a ato ou procedimento irregular praticado pela autarquia federal, o que não ocorre se o pedido anulatório for a desconstituição da própria marca, ou se houver defeito intrínseco do bem incorpóreo. No caso dos autos, não há vício ou irregularidade imputada ao INPI, que não opôs resistência ao pedido de averbação do apostilamento da expressão INFRARED, coma ressalva de não exclusividade de seus elementos nominativos, embora a parte-autora pleiteasse a nulidade de registro de marca, de forma que o INPI figura no feito como assistente litisconsorcial, não podendo ser condenado na verba honorária.

- O art. 124, VI, da LPI diz respeito a duas situações que impediriam o registro de uma marca: "sinal que tenha relação com o produto ou o serviço" e "sinal empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviços".

- O termo INFRARED, traduzido para o português como infravermelho, se enquadra nas proibição estabelecida pelo artigo 124, VI, da LPI, por informar a tecnologia empregada no funcionamento dos produtos de secagem de cabelo e tratamento capilar. Assim, por certo o uso desta expressão INFRARED não pode ser tutela exclusiva de uma empresa. Vedar o uso da aludida tecnologia na fabricação e comercialização dos produtos e serviços dos demais concorrentes vai de encontro à concretização da livre concorrência e defesa do consumidor.

- O uso da marca INFRA.RED deve ser realizado mediante apostila, ressalva de caráter técnico quanto a elementos que componham a marca requerida. A impressão do conjunto marcário como um todo (elementos identificadores), evidencia existir suficiente distintividade para que sejam admitidos os registros da marca INFRA.RED, desde que seja aplicada a apostila: SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA EXPRESSÃO INFRARED.
- Preliminar rejeitada. Apelações da autora e corré Duna Enterprises não providas. Apelação do INPI provida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento às apelações da autora e da Duna Enterprises, e dar provimento à apelação do INPI para reconhecer sua posição como assistente litisconsorcial especial, eximindo-o do pagamento da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### RELATÓRIO

*O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (RELATOR):* Trata-se de ação de conhecimento ajuizada por Home Appliance do Brasil Ltda, Crowland S/A e M.K Eletrodomésticos do Nordeste Ltda em face de Duna Enterprises S.L., Bayari Holdings S/A e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, objetivando a declaração de nulidade do ato administrativo que concedeu, sem apostilamento, o registro da marca INFRA.RED, sob nº 900.288.906. Subsidiariamente, requerem a ressalva da não exclusividade dos seus elementos nominativos para o futuro registro do processo nº 900.288.833, também relativo à marca INFRA.RED.

A sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito no que concerne aos registros nº 900.288.825 e 900.288.809 (estranhos à lide), por falta de interesse de agir, e, em relação ao réu Bayari Holdings S/A, por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa. Em relação aos réus remanescentes (Duna Enterprises S.L. e INPI), julgou procedente o pleito para determinar que conste nos questionados registros nº s 900.288.906 e 900.288.833 a ressalva de não exclusividade da expressão INFRA.RED. Condenou a Duna e o INPI no pagamento de honorários advocatícios à parte autora, fixados em 10% do valor atribuído à causa, devidamente atualizado, cabendo 5% para cada réu.

Inconformadas, apelaram a autora e a Duna Enterprises.

A parte autora alegou, em síntese, a legitimidade da Bayari Holdings para figurar no polo passivo da demanda, por integrar o grupo da Duna Enterprises S.L, bem como por ser ela a efetiva fabricante dos produtos que utilizam a marca em discussão.

A Duna Enterprises S.L., por sua vez, alegou, preliminarmente, cerceamento de defesa, por ter sido indeferido seu pedido de prova pericial e documental. No mérito, sustentou ser inaplicável a vedação constante no artigo 124, VI, da Lei de Propriedade Industrial, pois a sua marca reveste de suficiente forma distintiva.

Vieram os autos ao TRF em 25/09/2013. Em 13/05/2019, a E. Quinta Turma desta Corte decidiu negar provimento aos recursos de apelação das partes.

O INPI, em sede de embargos de declaração, alegou não ter sido intimado pessoalmente sobre o teor da sentença. Sobreveio o acórdão que deu provimento aos embargos de declaração para anular os atos posteriores à sentença e determinar o retorno dos autos à origem.

Em 17/09/2020 os autos foram recebidos pelo Juízo *a quo*, e em 19/01/2021 o INPI apresentou apelação, alegando que, desde o primeiro momento em foi citado, não opôs resistência ao pedido do Autor e pugnou pela procedência do pedido alternativo da parte, para averbação do apostilamento da expressão INFRARED, com ressalva de não exclusividade de seus elementos nominativos, tornando possível o uso de registros de marca 900.288.833 e 900.288.960, desde que no sentido comum e em conjunto com outros elementos identificadores. Nesse contexto, aduz que atuou no polo ativo da demanda, razão pela qual deve figurar como assistente especial, nos termos dos arts. 57, 118 e 175 da Lei nº 9.279/96, não podendo ser condenado no pagamento de honorário advocatícios.

Com contrarrazões da parte autora e do INPI, vieram os autos novamente a esta E. Corte.

É o relatório.

## VOTO

*O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (RELATOR):* Início esclarecendo que a competência da Justiça Federal deriva da determinação contida no art. 175 da Lei 9.279/1996, segundo o qual o INPI (autarquia federal) deve intervir em ação judicial que busca nulidade de registro de marcas e patentes, o que afirma também a atribuição deste Foro para processar e julgar aspectos correlatos, inerentes e indivisíveis pertinentes à pretendida nulidade.

Com base no art. 175 da Lei 9.279/1996 combinado com o art. 124 do CPC/2015, quando não for autor, a posição processual do INPI é de assistente litisconsorcial *sui generis* (ou atípico) em ação de nulidade de registro, por ser obrigatória e por influir na relação jurídica entre as partes, admitindo-se a “migração interpolar” da autarquia (litisconsórcio dinâmico) pois pode se abster de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, sempre em favor do interesse público. Somente em circunstâncias especiais o INPI pode figurar como réu (em litisconsórcio passivo necessário), notadamente se o vício for relacionado ao próprio registro ou a ato ou procedimento irregular praticado pela autarquia federal, o que não ocorre se o pedido anulatório for a desconstituição da própria marca, ou se houver defeito intrínseco do bem incorpóreo.



A esse respeito, trago à colação os seguintes julgados do E.STJ:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. TRANSAÇÃO ENTRE AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS LITIGANTES. DISCORDÂNCIA DO INPI, QUE INTEGRAVA O POLO PASSIVO DA LIDE. EXTINÇÃO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consoante cediço nesta Corte, a atuação processual do INPI, na ação de nulidade de registro de marca, quando não figurar como autor ou corréu, terá a natureza de intervenção sui generis (ou atípica), por se dar de forma obrigatória, tendo em vista o interesse público preponderante de defesa da livre iniciativa, da livre concorrência e do consumidor, direitos constitucionais, essencialmente transindividuais, o que não apenas reclama o temperamento das regras processuais próprias das demandas individuais, como também autoriza a utilização de soluções profícuas previstas no microsistema de tutela coletiva. Precedentes.

2. Nessa perspectiva, admite-se a chamada “migração interpolar” do INPI (litisconsórcio dinâmico), a exemplo do que ocorre na ação popular e na ação de improbidade, nas quais a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, pode abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, nos termos dos artigos 6º, § 3º, da Lei 4.717/65 e 17, § 3º, da Lei 8.429/92.

3. Na espécie, a autarquia, após citada para integrar a relação processual, apresentou contestação, suscitando a sua ilegitimidade passiva ad causam, requerendo intervenção no feito na qualidade de assistente especial e aderindo à tese defendida pela autora. Posteriormente, insurgiu-se contra a transação extrajudicial celebrada entre as sociedades empresárias (autora e segunda ré), opondo-se à extinção da ação de nulidade de registro, ao argumento da existência de dano ao interesse público.

4. Nesse quadro, configurou-se o deslocamento do INPI da posição inicial de corréu para o polo ativo da demanda ? o que pode ser traduzido como um litisconsórcio ativo ulterior ?, ressoando inequívoco que a transação extrajudicial, celebrada entre a autora originária e a segunda ré, não tem o condão de ensejar a extinção do processo em que remanesce parte legitimamente interessada no reconhecimento da nulidade do registro da marca.

5. Nada obstante, cumpre ressaltar o direito da autora originária ? que, por óbvio, não pode ser obrigada a permanecer em juízo ? de pleitear desistência na instância de primeiro grau, em consonância com o acordo que não produz efeitos em relação ao INPI.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1817109/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 25/03/2021)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. ATUAÇÃO OBRIGATÓRIA DO INPI. ART. 175 DA LEI 9.279/96. POSIÇÃO PROCESSUAL. QUALIDADE DA INTERVENÇÃO. CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO. LITISCONSORTE PASSIVO OU ASSISTENTE ESPECIAL (INTERVENÇÃO SUI GENERIS). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS PELA ATUAÇÃO COMO ASSISTENTE ESPECIAL.

1. O art. 175 da Lei n. 9.279/96 prevê que, na ação de nulidade do registro de marca, o INPI, quando não for autor, intervirá obrigatoriamente no feito, sob pena de nulidade, sendo que a definição da qualidade dessa intervenção perpassa pela análise da causa de pedir da ação de nulidade.

2. O intuito da norma, ao prever a intervenção da autarquia, foi, para além do interesse dos particulares (em regra, patrimonial), o de preservar o interesse público, impessoal, representado pelo INPI na execução, fiscalização e regulação da propriedade industrial.

3. No momento em que é chamado a intervir no feito em razão de vício inerente ao próprio registro, a autarquia federal deve ser citada na condição de litisconsórcio passivo necessário.

4. Se a causa de pedir da anulação for a desconstituição da própria marca, algum defeito intrínseco do bem incorpóreo, não havendo questionamento sobre o vício do processo administrativo de registro propriamente dito, o INPI intervirá como assistente especial, numa intervenção *sui generis*, em atuação muito similar ao *amicus curiae*, com presunção absoluta de interesse na causa.

5. No tocante aos honorários, não sendo autor nem litisconsorte passivo, mas atuando na condição da intervenção *sui generis*, não deverá o INPI responder pelos honorários advocatícios, assim como ocorre com o assistente simples.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1264644/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 09/08/2016)

No caso dos autos, não há vício ou irregularidade imputada ao INPI, que não opôs resistência ao pedido de averbação do apostilamento da expressão INFRA-RED, com ressalva de não exclusividade de seus elementos nominativos, embora a parte-autora pleiteasse a nulidade de registro de marca, de forma que o INPI figura no feito como assistente litisconsorcial, não podendo ser condenado na verba honorária.

Também rejeito a alegação de cerceamento de defesa suscitada pela corré Duna Enterprises S.L., notadamente em razão da questão relativa ao pionerismo da tecnologia utilizada na marca objeto de impugnação dizer respeito à patenteabilidade, e não marca, que representa sinais distintivos de produtos e serviços, sendo despidenda a prova pericial, bastando a documental já produzida nos autos.

Por fim, não assiste razão quanto à manutenção da corré Bayari Holdings no polo passivo da demanda. A marca impugnada é de titularidade da Duna Enterprises S.L., de modo que o fato das rés pertencerem ao mesmo grupo, por si só, não justifica sua inclusão no polo passivo desta ação.

Assentados esses pontos, prossigo na análise do feito.

Nos termos do art. 122 e art. 123 da Lei nº 9.279/1996, pertinentes aos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a marca é o sinal ou símbolo utilizado para diferenciar o "*produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa*", de forma que a distintividade é uma das condições para validade de uma marca. Ou seja, a função imediata da marca é a distinção do produto assinalado dentre todos os dos concorrentes.

A seu turno, o art. 124 da Lei nº 9.279/1996 elenca os sinais não registráveis como marca:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;

- II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;
- III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;
- IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;
- V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;
- VI - *sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;*
- VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;
- VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;
- IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica;
- X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;
- XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;
- XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;
- XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;
- XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país;
- XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;
- XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;
- XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;
- XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;
- XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;
- XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;

XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e  
XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia. – *negritei*.

*In casu*, as partes discutem acerca da possibilidade da expressão INFRARED, tecnologia que utiliza íons na fabricação e comercialização de produtos, ser registrada sem direito ao uso exclusivo.

A propriedade da marca é adquirida a partir da expedição válida de seu registro, pelo INPI, assegurando a seu titular o direito de uso exclusivo em todo o território nacional (art. 129, *caput*, da LPI). Na medida em que a marca é sinal distintivo que viabiliza a identificação de produtos ou serviços disponíveis no mercado, sua proteção beneficia tanto o titular (que tem seu produto ou serviço diferenciado dos demais concorrentes) quanto o público consumidor (pois certifica a origem do produto ou serviço adquirido, evitando equívocos acerca de sua procedência).

O termo INFRARED, traduzido para o português como infravermelho, se enquadra nas proibição estabelecida pelo artigo 124, VI, da LPI, por informar a tecnologia empregada no funcionamento dos produtos de secagem de cabelo e tratamento capilar.

Assim, por certo o uso desta expressão INFRARED não pode ser tutela exclusiva de uma empresa. Vedar o uso da aludida tecnologia na fabricação e comercialização dos produtos e serviços dos demais concorrentes vai de encontro à concretização dos princípios constitucionais da livre concorrência e defesa do consumidor.

Nesse contexto, tem-se que o uso da marca INFRA.RED deve ser realizado mediante apostila, ressalva de caráter técnico quanto a elementos que compo-  
nham a marca requerida.

O apostilamento é uma espécie de anotação no registro de determinada marca, feita pelo examinador do INPI, que tem como finalidade, limitar, restringir o alcance do pedido de registro.

Essa espécie de anotação não é disciplinada pela legislação nacional, mas encontra-se regulado pela Resolução nº 83/2001 do INPI, em seu item 162.3, que dispõe o seguinte:

“16.2.3. Além dos dados referidos nos itens 16.1 e 16.2.1, das publicações de deferimento do pedido de registro, de concessão e de prorrogação de registro, constará a eventual anotação sobre a restrição da proteção conferida à marca.”

Posteriormente, o INPI editou a Resolução nº 161 de 18/02/2016 em substituição à resolução supra.

Em outras palavras, a impressão do conjunto marcário como um todo (elementos identificadores), evidencia existir suficiente distintividade para que sejam admitidos os registros da marca INFRA.RED, desde que seja aplicada a apostila: SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA EXPRESSÃO INFRARED.

Dessa forma, quanto ao mérito, a sentença merece ser mantida.

Por todo o acima exposto, rejeito a preliminar e *nego provimento* às apelações da autora e da Duna Enterprises, e *dou provimento à apelação do INPI* para reconhecer sua posição como assistente litisconsorcial especial, eximindo-o do pagamento da verba honorária.

É como voto.

## **RECURSO INOMINADO CÍVEL** **5001217-67.2021.4.03.6327**

Recorrente: ISAURA MARIA DA SILVA  
Recorrida: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL  
Origem: 7ª TURMA RECURSAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO  
Juiz Federal: DOUGLAS CAMARINHA GONZALES  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 19/10/2022

### **EMENTA**

FRAUDE EM OPERAÇÕES DE CARTÃO. NEGLIGÊNCIA DO CORRENTISTA. PARCIAL CULPA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LIMITAÇÃO DIÁRIA PIX CULPA CONCORRENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 945 DO CÓDIGO CIVIL.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sé-tima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso da parte autora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Cuida-se de recurso interposto pela parte autora em face da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais, em face de golpe de cartão bancário, através de fraude, nominado “golpe do *motoboy*”.

A r. sentença foi julgada improcedente, sob o fundamento de culpa exclusiva da autora, ao facilitar a entrega do cartão e senha.

É a síntese do necessário.

### **VOTO**

Assiste parcial razão à recorrente.

Inicialmente, transcrevo os fatos descritos na petição inicial:

“A autora é cliente da Caixa Econômica Federal, Agência 4091, desde o ano de 2001. Na data de 31/08/2021, por volta das 11h50, recebeu um telefonema de uma pessoa com o nome Ana Júlia Pires, que se identificou como sendo da área de segurança da Caixa, com protocolo 2021.0774.267.026, alertando-a sobre uma compra suspeita no valor de R\$1.350,00 realizada no Carrefour, em Curitiba - PR. A pessoa pediu para a autora confirmar seus dados cadastrais, checando os números de seu CPF e RG, bem como seu endereço, agência e número da conta. Pediu, em seguida, que dissesse se reconhecia a compra, o que a autora negou. A atendente então a orientou para que ligasse para o número 0800.7260101,uti-



lizando um telefone fixo, para comprovar que ela se encontrava de fato em São José dos Campos - SP.

Importante ressaltar que, em maio deste ano, a autora já havia passado por situação semelhante (print da conversa no whatsapp – documento 1). Nesta ocasião, utilizou o número de telefone impresso no verso do cartão bancário e, desta vez, pela semelhança da situação, fez a mesma coisa.

A ligação foi completada, seguida de uma gravação eletrônica da Caixa Econômica Federal e, após aguardar alguns minutos, a autora foi atendida por uma pessoa que se identificou como Felipe Dias, protocolo 2021.706.910.264. Este suposto preposto lhe fez algumas perguntas básicas, (se ela tinha efetuado a compra, ou se tinha passado a senha para alguém...). A autora negou e disse que essa situação já tinha ocorrido meses atrás; que seu cartão havia sido bloqueado e houve uma demora muito grande para emissão de um novo cartão. Então, o suposto Felipe informou que desta vez iria bloquear o cartão e enviar um novo dentro de quarenta e oito horas, pois que agora a Caixa estava resolvendo essas questões em parceria com a polícia, uma vez que o número de casos como este tinha aumentado muito em razão da pandemia. Informou para a autora que um agente da Caixa iria retirar o cartão, que seria entregue na delegacia e que, posteriormente a isso, um perito da Caixa iria lhe fazer algumas perguntas. Orientou que, para segurança da autora, o cartão deveria ser cortado em duas partes, mas que o chip deveria ser preservado, a fim de que fosse possível o rastreamento da operação bancária (cartão cortado - documento 2). Pediu, ainda, que a autora escrevesse uma carta de próprio punho (carta - documento 3), se comprometendo a colaborar com as investigações da Central de Fraudes da Caixa. Ainda seguindo com as orientações, o suposto agente da Caixa informou a autora que também havia sido feita uma tentativa de saque em sua conta e a orientou para que bloqueasse a senha, da mesma forma como ocorrera em maio/2021. Então direcionou a ligação para uma suposta gravação que pedia: "solete as três sílabas de sua senha".

O suposto agente então retomou a ligação, informou a autora que a Caixa tinha agora um serviço chamado "Anjos Guardiões", um aplicativo que a avisaria a cada movimentação bancária. Para ser instalado bastava que ela desligasse o celular que ele baixaria o programa em seu telefone. Mas insistiu que a autora permanecesse com o telefone fixo ligado até a chegada do agente que em seguida entregaria o cartão ao perito, que então faria as perguntas sobre a compra suspeita. A autora então, com o telefone fixo ligado, tentou explicar à mãe a necessidade de descer até a portaria do condomínio – a mãe da autora tem Alzheimer e a autora é sua única cuidadora e evita ao máximo deixá-la sozinha (Atestado Alzheimer mãe – documento 4).

Apreensiva pela situação e preocupada com a mãe, a autora desceu rapidamente até a portaria do condomínio, onde já havia um rapaz muito bem vestido e com um documento que o identificava como funcionário da Caixa, esperando por ela. A autora entregou um envelope, organizado segundo as instruções recebidas, contendo a carta e o cartão quebrado ao suposto "agente", após ele mencionar um código que o "atendente" já havia passado à autora na ligação telefônica. Ato contínuo, subiu correndo de volta ao seu apartamento. O atendente ainda estava na linha e pediu para que ela aguardasse para que o perito lhe fizesse algumas perguntas sobre o caso.

O suposto "perito" começou a fazer perguntas (pertinentes ao uso do cartão), mas a autora foi se sentindo incomodada. Ligou o celular, acessou o aplicativo da Caixa e verificou que já haviam sido sacados de sua conta cerca de R\$ 40.000,00 (qua-

renta mil reais). Destaque-se: ISTO EM APROXIMADAMENTE TRINTA MINUTOS!! Muito assustada, a autora seguiu conversando com o suposto perito, avisando que um valor significativo tinha sido retirado de sua conta. O suposto perito pediu que ela se acalmasse e ficasse tranquila, visto que todas as medidas que ela tinha tomado garantiam que qualquer movimentação indevida seria estornada pela Caixa. Então a ligação caiu... ou foi derrubada...

A autora tornou a ligar para o mesmo número. A ligação era imediatamente atendida com uma gravação: "A caixa agradece sua ligação... Em instantes iremos atendê-lo". A mesma gravação que tinha sido ouvida no primeiro contato. Depois de um tempo que a autora não sabe precisar, desistiu do atendimento telefônico. Entrou em contato com a Caixa pelo "whatsapp" (print da conversa com a Caixa - documento 5). Sem conseguir resposta, chamou seu irmão para que viesse ficar com a mãe, que, como já dito, não pode ficar sozinha.

O irmão veio com o cunhado, Júlio Moreira, que trabalha como uber. Então ele ficou em casa com a mãe e a Autora, acompanhada do Júlio, foi até a Agência Física da Caixa Econômica Federal, que fica praticamente no mesmo quarteirão do condomínio em que mora. Chegou lá, perto das 15 horas. O atendimento ao público já havia se encerrado. Aos prantos, implorou ao vigia da agência que a deixasse falar com o gerente. Ele disse a Autora que o gerente não a atenderia, mas como a Autora seguisse chorando muito e implorando para que o gerente ao menos viesse até o local dos caixas eletrônicos, na porta giratória, para que ela pudesse falar com ele para bloquear sua conta, o vigilante foi até ao gerente e voltou solicitando a Autora que entregasse um documento pessoal para que o seu gerente pudesse bloquear a conta. Depois de uns cinco minutos o vigia da Caixa voltou até o local dos caixas eletrônicos, devolveu o documento da Autora garantindo a ela que sua conta já estava bloqueada e lhe informou que o gerente havia orientado para que ela voltasse no dia seguinte para assinar uma carta de contestação. A autora então saiu da agência, sempre acompanhada do Sr. Júlio e foi até a Delegacia mais próxima onde registrou um Boletim de Ocorrência (Boletim de Ocorrência - documento 6).

No dia seguinte, no primeiro horário, a autora dirigiu-se novamente à Agência da Caixa, onde foi atendida por um funcionário que acreditava ser o gerente de sua conta, mas depois soube que não era. Ainda assim, este funcionário preencheu com a autora a Carta de Contestação (carta de contestação - documento 7), solicitou que ela apresentasse o Boletim de Ocorrência, de onde subtraiu algumas informações e entregou um protocolo a autora, (protocolo carta de contestação - documento 8) pedindo que ela aguardasse em casa a resposta da Caixa sobre a Carta de Contestação.

Toda esta situação deixou a Autora muito desorientada. No dia seguinte, percebendo que não tinha uma cópia da Carta que assinara na agência, dirigiu-se novamente a Caixa Econômica Federal onde, finalmente, foi atendida pelo gerente de sua conta que lhe informou que a Carta já estava num processo interno, mas que golpes como o que ela sofrera eram comuns e a Caixa nada tinha a ver com esta situação, visto que ela havia entregado o cartão e soletrado a senha ao telefone. A autora ainda pediu que o gerente verificasse melhor a movimentação de sua conta, pois havia uma transferência via pix e uma transferência entre agências da Caixa (extrato simples do dia - documento 9).

O gerente ridicularizou seu pedido, dizendo que seria óbvio que os dados encontrados seriam de um "laranja". Disse à autora que ela deveria aguardar a resposta da Caixa à sua Carta de Contestação, mas que lhe parecia muito claro que toda a responsabilidade pelo ocorrido era da autora e que a Caixa certamente não faria

qualquer estorno em sua conta. Disse também que desde o dia 31 de agosto, quando a Autora solicitou o bloqueio da conta, esta se encontrava bloqueada, mas que seria mais prudente que a Autora aplicasse os valores ali depositados e não os mantivesse em conta poupança. A Autora então sacou um valor para honrar as contas do mês e voltou para casa, bastante abalada pelo atendimento absolutamente indiferente e até mesmo humilhante que recebeu do gerente de sua conta. E então teve que aguardar mais oito dias para ter um posicionamento da Caixa Econômica Federal.

No dia 10 de setembro de 2021, a autora recebeu um ofício da Caixa (documento 10), no qual a área técnica da CAIXA concluiu que não havia indícios de FRAUDE ELETRÔNICA na movimentação questionada.

Evidencia a própria narrativa dos fatos que a autora agiu todo o tempo de boa-fé, confiando de forma exacerbada que sua agência bancária mantinha-se zelosa no cumprimento de sua obrigação contratual, qual seja, garantir-lhe a segurança de seu dinheiro. Tal confiança foi reforçada pela experiência anterior em que a autora teve seu cartão bloqueado pela agência numa situação muito similar, no mês de maio de 2021, conforme comprova o print da conversa com a Caixa, juntado sob documento 1.

Talvez ao senso comum seja possível considerar que, nos dias atuais, ante tanta fraude noticiada, ninguém mais se deixe levar pelos inúmeros golpes orquestrados por estelionatários. Mas, infelizmente, esta não é a verdade. Qualquer cidadão comum confiaria nesta ligação, na qual estão presentes toda verossimilhança com as situações cotidianas de relacionamento com as agências bancárias que utilizamos, notadamente quando do outro lado da linha exista toda uma ambiência familiar – música do banco, padrão de gravação, linguagem bancária – e ainda todos os seus dados pessoais e cadastrais de sua conta bancária, destaque-se, dados que estavam sob a guarda da instituição financeira, a quem cabia mantê-los em sigilo!

Mais uma vez é imperioso destacar que situação muito semelhante havia sido experimentada pela Autora em maio de 2021, onde foi de fato protegida pela Caixa e não sofreu qualquer prejuízo.

Ainda, no presente caso, como comprovam os documentos juntados, a autora é a cuidadora da mãe que, aos 84 anos, sofre de Alzheimer e exige mais cuidados do que uma criança.

O que causa revolta, Excelência, é que a autora vem juntando de seu parco salário, economias mensais que lhe permitam mudar-se para um outro apartamento, vez que vive no quarto piso de num prédio sem elevador e a mãe tem, a cada dia, mobilidade mais reduzida. Na hora da fatídica ligação, a autora encontrava-se cuidando da mãe e preparando-lhe o almoço e, justificadamente, agiu no limite da emoção ao ser informada, no meio de tantas demandas, que suas economias estavam sendo dilapidadas por ladrões.

Nada indica que a Autora tenha entregue, de vontade própria e sem qualquer mácula a seu sentimento, seu cartão e senha para uso de terceiro. Nada indica, tampouco, que a Autora tenha sido negligente na guarda do plástico ou da senha. Ao agir da maneira como agiu ela demonstrou que confiava na segurança do serviço contratado junto a Caixa Econômica Federal há mais de vinte anos e tudo fez para ajudar a instituição bancária a proteger os valores ali depositados, em situação semelhante a vivenciada no mês de maio do mesmo ano, repise-se”.

A teor dos fatos engendrados nos autos, nota-se refinada fraude promovida por terceiros que, maliciosamente, ludibriaram a autora, através da posse de seus

dados e de ligação telefônica e aplicativo, cujo enredo aponta que a autora digitara sua senha por telefone, e posteriormente, entregara seu cartão a criminoso – mobilizada por uma ingênua boa-fé de parte da autora.

A *vexata quaestio* ao caso presente, tido como ponto controvertido, é justamente aferir se o sistema de *compliance* e proteção da ré (instituição financeira), de certa forma contribuíra para o evento ao conferir tratamento de falta de segurança na prevenção e combate às fraudes. Nessa vertente, surgem duas questões para fazer frente às disposições legais referentes à responsabilidade e contenção de risco: i) houve por parte da ré desrespeito às disposições de segurança de dados pela Lei Geral de Proteção de Dados ?; e ii) o cometimento de fraudes realizado pelos criminosos, poderia ser evitado ou até sido limitado pela ré, a teor da legislação e tecnologia atual ?

As respostas dessas indagações aferirão a responsabilidade conjunta ou não da ré, pela análise do risco para facilitação ou não da fraude em apreço, fiel às disposições legais, entre essas o disposto no art. 927 e 945 do Código Civil:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Para aferição de ruptura de segurança aos dados da autora, como resposta à primeira indagação, resta relevante aferir que dos fatos coligidos nos autos, entre esses o boletim de ocorrência (ID n. 262567449); carta de contestação das transações bancárias fraudulentas e protocolo de contestação (IDs n. 262567446 e 262567451); bem como o extrato de sua conta bancária, em que listadas as transações bancárias realizadas no dia 31/08/21, em decorrência da fraude, não se nota que havia informação específica advinda diretamente da instituição financeira.

A rigor, da conjectura da fraude e do *iter criminis*, não se comprova vazão de dados pela instituição financeira ou falha expressiva de sua parte na guarda dos dados, a teor da LGPD:

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Como se nota dos fatos, a autora fora ludibriada por terceiros que não conhecia, em ligação que não tinha conhecimento, onde criminosos se passaram por prepostos da ré. Contudo, tanto a ligação, como os agentes que se apresentaram eram pessoas que não representam a ré, nem tampouco coincidem com o padrão de tratamento da instituição financeira com os clientes, o que engendra conduta não conivente da ré, ao menos quanto os dados, cujo acesso não aponta que adveio da ré.

Factível, pois, o disposto no art. 43, II e III e 44 da LGPD:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

- II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
- III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Deveras, a teor dos contratos estabelecidos entre as partes, não se denota rompimento do contrato, ao menos quanto aos dados, por parte da ré. A assertiva de que os fraudadores só chegaram até ela, por meio dos dados bancários não convence, já que não tem supedâneo nas provas.

Quanto ao segundo ponto controvertido: ii) o cometimento de fraudes realizado pelos criminosos, poderia ser evitado ou até sido limitado pela ré, a teor da legislação e tecnologia atual ?

Para resposta dessa indagação, resta imprescindível aferir quais foram as fraudes cometidas, as suas circunstâncias e as providências que as partes tomaram para minorá-las.

Segundo narrado pela parte autora, o prejuízo da fraude fora de R\$ 40.798,00 (ID n. 262567452); carta de contestação das transações bancárias fraudulentas e protocolo de contestação (IDs n. 262567446 e 262567451); bem como o extrato de sua conta bancária, em que listadas as transações bancárias realizadas no dia 31/08/21.

Observa-se que diversas transações bancárias, a maioria de elevado valor, foram feitas em sequência em 31/08/21 (Saque em terminal de R\$ 800,00; Compra com o cartão de débito no valor de R\$ 2.999,00; compra com o cartão de débito no valor de R\$ 1.999,00; Transferência no valor de R\$ 5.000,00; e Envio PIX no valor de R\$ 30.000,00), não tendo ocorrido qualquer bloqueio ou tentativa de confirmação pelo banco.

Das provas coligidas aos autos, convenço-me da assertiva acima já explicitada, de que a autora ingenuamente entregara o seu cartão e passara de alguma forma sua senha aos fraudadores. Contudo, de todas as transações praticadas na sequência, apenas o envio de PIX no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) mostra-se culpa concorrente da instituição financeira, pois firmada em circunstâncias sequenciais e de valor acima da limitação institucional – já que à época dos fatos, vigia limite de acordo com o valor de débito, por recomendações do BANCO CENTRAL e da praxe das demais instituições financeiras, conforme reconhece a jurisprudência.

Como é sabido, a limitação diária das transações de PIX à época dos fatos era a mesma do valor de débito, de sorte que a ré deveria tomar as providências tecnológicas e operacionais cabíveis para limitar a transação de operações de PIX ao valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tal como limitado à autora o valor de débito – tanto que esse fora o prejuízo da autora em operações de débito.

Nesse passo, a ré deve concorrer na responsabilidade com a autora no prejuízo dos valores de operação de PIX que superaram o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ora, como a transação de PIX fora no valor de R\$ 30.000,00 as partes são solidárias na responsabilidade de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por força da mitigação da culpa entre as partes, forte no interpretação sistemática dos artigos 927 e 945 do Código Civil, e o disposto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Uma vez que a atividade bancária, por envolver a movimentação de dinheiro, implica em riscos à segurança, conforme dispõe o Código Civil em seu art. 927, é evidente que deve haver um aparato de segurança que reduza a exposição dos correntistas a fraudes, tais como a impossibilidade de contratação de empréstimos pelo caixa eletrônico, a limitação de pagamento via PIX - situação essa assente no dia a dia bancário, de sorte que vislumbro culpa concorrente da instituição financeira.

Nesse cenário, visualizo nítidas culpas concorrentes, pois se o autor repassou sua senha a terceiros, não agira com prudência necessária aos usos e costumes hodiernos, cuja imprudência é manifesta; por sua vez, a instituição financeira não operacionalizou mínimos limites à transações suspeitas de fraude e movimentação bancária alheia aos costumes da autora, ônus que produz efeitos jurídicos, tal como explicita o art. 927, *parágrafo único*, do Código Civil e toda doutrina civilista a respeito da responsabilidade civil a respeito da culpa concorrente.

Daí a inteligência do art. 927, *parágrafo único*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

*Parágrafo único.* Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(...)

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

*Parágrafo único.* Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

*Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*

Cuida-se de responsabilidade de ambas as partes o zelo e o cumprimento de medidas pós-contratuais que complementem as boas práticas contratuais para conferir segurança e *bona fides* às partes. Nesse cenário probatório, vislumbro que ambas as partes incorreram em negligência contratual ao admitirem a perpetuação do ilícito material.

Nesse passo, se de um lado nota-se que a autora fora ingênua ao entregar o cartão e fornecer a senha, de outro lado, a ré fora displicente ao não limitar o valor do PIX no modo diário, tal qual as demais instituições bancárias fizeram, a teor dos usos e costumes (art. 374, I, CPC), conduta que medeia culpa concorrente, ciente do fato de que milhares de golpes, com o mesmo “modus operandi”, ocorrem no País.

O caso presente denota o necessário *distinguishment* de outros julgados, como o RESp n. 1.633.785/SP, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, porquanto factível aqui espécie de *compliance* não seguida pela instituição financeira, no aplicativo do PIX.

Nesse cenário, a CEF deverá responsabilizar-se por metade da transação impugnada referente ao PIX.



Não se denota, de outro lado, pleito de dano moral. A conduta da ré não implica menoscabo ao direito de personalidade da autora, de sorte que a instituição financeira não compactuou com afronta à dignidade da autora, ao ser recebida e atendida nas agências bancárias, situação que desnatura a ocorrência do dano moral.

Ausente, pois, danos morais, à míngua de ofensa aos direitos da personalidade da autora.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao recurso da parte autora* para condenar a CEF a ressarcir a metade do valor da transação referente ao envio PIX, acima dos R\$ 5.000,00, contestada pela requerente, acrescidos de juros de mora e correção monetária em conformidade com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

É o voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

### **5005541-35.2022.4.03.0000**

Agravante: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO  
Agravada: MAYSA ALECSEEV DE MELO  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/11/2022

### **EMENTA**

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. FIES. RESIDÊNCIA MÉDICA EM ÁREA DEFINIDA COMO ESPECIALIDADE MÉDICA PRIORITÁRIA. DIREITO À PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA DO FINANCIAMENTO ESTUDANTIL POR TODO O PERÍODO DE DURAÇÃO DA RESIDÊNCIA MÉDICA. ARTIGO 6º-B, § 3º DA LEI Nº 10.260/2001. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1. A Lei nº 10.260/01 que instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior prevê em seu artigo 6º-B que o estudante graduado em Medicina que ingressar em programa de residência médica nas especialidades prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde tem o direito de estender o período de carência pelo mesmo período que durar a residência médica. 2. O dispositivo legal que prevê o direito à extensão do período de carência pelo período que durar a residência médica não traz qualquer restrição à fase do contrato em que tal pedido formalizado, sendo descabida a limitação por diploma administrativo do exercício do direito legalmente assegurado ao estudante, sob pena de violação do princípio da hierarquia das normas. 3. Caso em que a agravada está cursando programa de Residência Médica na especialidade de Medicina Intensiva junto à Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos, especialidade considerada como prioritária pela Portaria Conjunta nº 3/2013 da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, enquadrando-se na hipótese de prorrogação do período de carência de que trata o artigo 6º da Portaria Normativa nº 7/2013 do Ministério da Educação. 4. A agravada não busca se eximir do pagamento das parcelas do FIES, apenas adiar a retomada da fase de amortização para depois da conclusão da residência médica. 5. Eventual negativa ao pedido da agravada poderia acarretar a impossibilidade de participação da agravada em programa de residência médica, em evidente confronto com o caráter social do contrato de financiamento estudantil. 6. Agravo de Instrumento improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO* contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem, deferiu o pedido de liminar, nos seguintes termos:

"(...) Diante do exposto, *DEFIRO O PEDIDO LIMINAR* formulado, para determinar às autoridades impetradas, cada qual no âmbito de suas atribuições, que providenciem para que seja estendido o período de carência do contrato de financiamento estudantil da impetrante, nos termos do §3º do artigo 6º-B da Lei nº10.260/2001, durante o período da residência médica, até ulterior deliberação deste Juízo. (...)" (maiúsculas, sublinhado e negrito originais)

Alega o agravante que segundo o artigo 6º-B, §3º da Lei nº 10.260/2001 é possível a extensão do período de carência aos médicos desde que atendidos os requisitos de ingresso em programa de Residência Médica devidamente credenciado junto ao Conselho Nacional de Residência Médica, em especialidade prioritária em determinada região. Afirma que no caso dos autos, embora a agravada aduza que atendeu aos requisitos necessários para a concessão do benefício, a solicitação foi analisada administrativamente pelo FNDE e indeferida porque o requerimento foi postulado após o início da fase de amortização.

Sustenta que é obrigação dos agentes financeiros o controle da evolução dos financiamentos e respectivas obrigações em todas as suas fases, não havendo como prever a operacionalização do sistema de extensão de carência para os estudantes de Medicina que estejam em residência médica sem a participação direta dos agentes financeiros. Defende, assim, que qualquer ordem judicial sobre este ponto em específico deve ser direcionada ao agente financeiro do contrato de financiamento estudantil e argumenta que é manifesto o efeito satisfativo da tutela pretendida que esgotaria no todo o objeto da ação, tendo em vista que anteciparia não somente os efeitos da sentença, mas a resultado da própria prestação jurisdicional.

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo que foi indeferido (Num. 254115911 – Pág. 1/3).

Intimada, a agravada apresentou contraminuta (Num. 256360534 – Pág. 1/11) discorrendo sobre o FIES e afirmando que na esfera administrativa o requerimento protocolado sob o nº SEI 25000.125179/2021-71 foi indeferido ao fundamento de que o contrato celebrado pela agravada se encontra na fase de amortização, o que constitui óbice ao deferimento do pedido nos termos do artigo 6º, § 1º da Portaria Normativa nº 07/2013. Defende, contudo, que faz jus à prorrogação de carência, vez que cursa Residência Médica em Medicina Intensiva, especialidade expressamente prevista na Portaria Conjunta nº 3/2013 do Ministério da Saúde.

Por fim, o Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (Num. 257706970 – Pág. 1/2).

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

## VOTO

Conforme deixei registrado ao apreciar o pedido de efeito suspensivo, ao tratar das operações do FIES, a Lei nº 10.260/01 que instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior previu o seguinte em seu artigo 6º-B (incluído pela lei nº 12.202/2010):

Art. 6º-B O Fies poderá abater, na forma do regulamento, mensalmente, 1,00% (um inteiro por cento) do saldo devedor consolidado, incluídos os juros devidos no período e independentemente da data de contratação do financiamento, dos estudantes que exercerem as seguintes profissões:

I – professor em efetivo exercício na rede pública de educação básica com jornada de, no mínimo, 20 (vinte) horas semanais, graduado em licenciatura; e

II – médico integrante de equipe de saúde da família oficialmente cadastrada ou médico militar das Forças Armadas, com atuação em áreas e regiões com carência e dificuldade de retenção desse profissional, definidas como prioritárias pelo Ministério da Saúde, na forma do regulamento.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O estudante que já estiver em efetivo exercício na rede pública de educação básica com jornada de, no mínimo, 20 (vinte) horas semanais, por ocasião da matrícula no curso de licenciatura, terá direito ao abatimento de que trata o caput desde o início do curso.

§ 3º *O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica. (...)*  
(negritei)

Vê-se da análise do dispositivo transcrito que o estudante graduado em Medicina que ingressar em programa de residência médica nas especialidades prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde terá o direito de estender o período de carência pelo mesmo período que durar a residência médica.

Buscando regulamentar mencionado dispositivo legal o Ministério da Educação editou a Portaria Normativa nº 7/2013:

Art. 6º O período de carência estendido de que trata o § 3º do art. 6º-B da Lei no 10.260, de 2001, será concedido a médico integrante de equipe prevista no inciso II do art. 2º desta Portaria que vier a estar regularmente matriculado e frequentando programa de residência médica:

I – credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica; e

II – em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde.

§ 1º Poderá solicitar o período de carência estendido o médico que não integre equipe prevista na forma do inciso II do art. 2º, regularmente matriculado em residência médica que atenda às condições previstas nos incisos I e II do caput, desde que o contrato não esteja na fase de amortização do financiamento.

§ 2º O período de carência estendido deverá ser solicitado de acordo com o inciso II do art. 5º, observando as seguintes condições e prazos:

I – para o contrato que estiver na fase de carência do financiamento:

- a) início: no mês em que se iniciar a residência médica;
- b) término: no mês em que finalizar a residência médica ou a fase de carência do financiamento, o que ocorrer por último;

II – para o contrato que não contemplar a fase de carência:

- a) início: no mês imediatamente seguinte ao término da fase de utilização do financiamento;
- b) término: no mês em que finalizar o período da residência médica.

§ 3º O período de carência estendido não será considerado para fins de concessão do abatimento e, enquanto vigente, o financiado ficará desobrigado do pagamento do financiamento, não incidindo juros e encargos financeiros sobre o saldo devedor.

§ 4º Findo o período de carência estendido, caso o médico não esteja em efetivo exercício em equipe prevista no inciso II do art. 2º, deverá retomar o pagamento do financiamento.

Examinando os autos, verifico que a agravada está cursando programa de Residência Médica na especialidade de Medicina Intensiva junto à Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos, conforme se observa no documento Num. 243190193 – Pág. 1 do processo de origem. Referida especialidade, por sua vez, é considerada como prioritária pela Portaria Conjunta nº 2/2011 da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde<sup>1</sup>, enquadrando-se, assim, na hipótese de prorrogação do período de carência de que trata o artigo 6º da Portaria Normativa nº 7/2013 do Ministério da Educação.

Demais disso, o dispositivo legal que prevê o direito à extensão do período de carência pelo período que durar a residência médica não traz qualquer restrição à fase do contrato em que tal pedido formalizado. Inexistindo referida restrição pelo diploma legal, descabida que é a limitação – por diploma administrativo – do exercício do direito legalmente assegurado ao estudante, sob pena de violação do princípio da hierarquia das normas.

Anoto, por relevante, que a agravada não busca se eximir do pagamento das parcelas do FIES, mas apenas adiar a retomada da fase de amortização para depois da conclusão da residência médica. Eventual negativa ao pedido da agravada poderia acarretar a impossibilidade de participação da agravada em programa de residência médica, em evidente confronto com o caráter social do contrato de financiamento estudantil.

Diante dos fundamentos expostos, *nego provimento* ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

1 [http://sisfiesportal.mec.gov.br/arquivos/portaria\\_conjunta\\_2\\_25082011.pdf](http://sisfiesportal.mec.gov.br/arquivos/portaria_conjunta_2_25082011.pdf)

# **Direito Constitucional**







## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0002895-30.2014.4.03.6108**

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, CARLOS AFONSO PALOMERO

Apelados: CARLOS AFONSO PALOMERO, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 13/10/2022

### **EMENTA**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GERENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DESTACAMENTOS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. USO INDEVIDO DE VEÍCULO E PASSAGENS AÉREAS DESTINADOS A SERVIÇO. ARTIGOS 9º, *CAPUT* E XII, 10, *CAPUT*, E 11, VI, DA LEI 8.429/1992. TESE 1.199/STF. SANÇÕES CABÍVEIS. DANO MORAL COLETIVO.

1. A sentença foi proferida na vigência da Lei 8.429/1992 com redação anterior às alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, pelo que cabível remessa oficial, que se tem por submetida, conforme entendimento jurisprudencial até então prevalecente (AgInt no AREsp 1.541.937, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 20/5/2022). A propósito, destaca-se que toda a matéria devolvida pela via da remessa oficial, na espécie, foi também objeto da apelação interposta pelo Ministério Público Federal, pelo que inaplicável, no caso, a suspensão processual deferida nos RESP's 1.553.124, 1.605.586, 1.502.635 e 1.601.804, afetos ao Tema 1.042/STJ.

2. Acerca da retroatividade ou não das alterações promovidas na Lei 8.429/1992 pela Lei 14.230/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou, no julgamento do ARE 843.989 (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, d.j. 18/08/2022), com repercussão geral, as seguintes teses vinculantes: "1) *É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;* 2) *A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;* 3) *A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;* 4) *O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei*" (Tema 1.199).

3. No exame das condutas ímprobas imputadas na espécie, cumpre destacar que, conquanto ainda pendentes de publicação acórdão e inteiro teor do paradigma julgado pela Suprema Corte (ARE 843.989: Tema 1.199), é possível extrair de publicações oficiais relacionados ao julgamento a tese de que *“Diante da revogação expressa do texto legal anterior, não se admite a continuidade de uma investigação, uma ação de improbidade, ou uma sentença condenatória por improbidade com base em uma conduta culposa não mais tipificada legalmente. Entretanto, a incidência dos efeitos da nova lei aos fatos pretéritos não implica a extinção automática das demandas, pois deve ser precedida da verificação, pelo juízo competente, do exato elemento subjetivo do tipo: se houver culpa, não se prosseguirá com o feito; se houver dolo, prosseguir-se-á. Essa medida é necessária porque, na vigência da Lei 8.429/1992, como não se exigia a definição de dolo ou culpa, muitas vezes a imputação era feita de modo genérico, sem especificar qual era o elemento subjetivo do tipo”* (Informativo STF 1.065, de 02/09/2022). Logo, as alterações promovidas pela nova Lei 14.230/2021 nos tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, com supressão ou inclusão de elementos objetivos ou subjetivos, aplicam-se aos atos ímprobos praticados na vigência da redação anterior da lei, desde que sem condenação transitada em julgado, como no caso, *“em virtude da revogação expressa do texto anterior”* nestas hipóteses. Em convergência com tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já havia, anteriormente, na recente fixação da Tese 1.108 (*“A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública”*), considerado, na fundamentação do julgamento dos paradigmas já em curso (REsp’s 1.926.832, 1.930.054 e 1.913.638, julgados em 11/05/2022), as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 nos tipos legais de improbidade administrativa.

4. A atual redação da Lei 8.429/1992, no que retroativamente aplicável à presente ação conforme Tese 1.199/STF e fundamentação supramencionada, excluiu a caracterização de improbidade administrativa pela prática de ato culposos, como antes previa o respectivo artigo 10, assim como deixou de conter, no artigo 11, tipo aberto, não mais admitindo, para tipificação, qualquer ação ou omissão que violasse princípios da administração pública, a exemplo das figuras elencadas nos respectivos incisos, que constituíam rol apenas exemplificativo, permitindo, inclusive, imputação de ato ímprobo com fundamento apenas no *caput* do artigo. Na atual redação, porém, a caracterização da violação aos princípios administrativos deve decorrer necessariamente de condutas elencadas nos respectivos incisos, tornando, pois, exaustivo e taxativo o respectivo rol.

5. No aspecto subjetivo da tipicidade legal, a nova redação da LIA passou a exigir, ainda, especial intento do agente ímprobo de obter proveito ou benefício indevido próprio ou para outrem, conforme previsto nos pará-

grafos do artigo 11 (§§ 1º e 2º), com disposições aplicáveis a quaisquer atos de improbidade administrativa:

6. Consta dos autos que foi informalmente noticiado à Auditoria Regional da Caixa Econômica Federal - CEF em Bauru/SP que CARLOS AFONSO PALOMERO - à época dos fatos, gestor máximo da unidade, tendo acima dele, como chefia imediata, apenas a matriz da Caixa Econômica Federal em Brasília/DF - praticou diversas irregularidades em deslocamentos a serviço, com alterações de datas, destinos e meio de transporte utilizado sem devido registro no sistema de controle e correspondente prestação de contas e, por vezes, com utilização, em proveito particular próprio, de veículo da empresa pública e passagens aéreas custeadas com dinheiro público, sem o respectivo reembolso. Não obstante, tais irregularidades não foram objeto de regular apuração no âmbito administrativo interno da instituição financeira, tendo sido o procedimento preliminar precocemente arquivado, sem investigação exauriente dos fatos, por figurar o irmão do réu no alto escalão da matriz em Brasília/DF.

7. O cenário fático dos autos revela que, em verdade, apesar da própria confissão do réu quanto o uso de passagem emitida pela CEF em viagem particular e da confirmação, em mais de uma oportunidade, de que houve descumprimento flagrante de procedimentos internos necessários em relação a destacamentos, sobretudo prestação de contas, a investigação, até então deficiente, foi interrompida, sem que sequer fosse instaurado procedimento disciplinar, justificando-se a decisão na pequena monta do prejuízo e no respectivo ressarcimento parcial muito depois do dano causado, sem esclarecimentos maiores acerca da conduta funcional do réu e alcance efetivo dos prejuízos provocados. É curioso que, sem apurar adequadamente e sequer instaurar processo disciplinar face ao apurado, no tocante aos prejuízos causados à CEF, não apenas em termos patrimoniais, mas em função da projeção interna da conduta funcional de pessoa no exercício de função relevante na estrutura da instituição (Gerente de Filial da GI Logística Bauru/SP), o Diretor Executivo da DECOT enviou ao réu, em 25/10/2011, recomendações quanto ao uso adequado do Manual Normativo MN RH005.

8. Restou incontroverso que o réu, em razão do exercício da função desempenhada em empresa pública federal, utilizou em proveito próprio, para uso pessoal, passagens aéreas emitidas com dinheiro público, bem como carros locados pela CEF, através de contratos firmados para uso em serviço, causando lesão ao erário, mediante o subterfúgio de não prestar contas devidas sobre destacamentos registrados em confronto com deslocamentos efetivamente realizados. Ainda que as testemunhas arroladas pela defesa do réu tenham confirmado em Juízo a sobrecarga de serviço, defasagem de estrutura, e constantes alterações repentinas nos itinerários do réu, as condutas ímprobas que lhe são imputadas decorrem não do fato de não ter procedido o réu às alterações devidas no sistema de registro de destacamentos, mas sim de não ter sequer comunicado ao *subordinado encarregado do registro* as alterações ocorridas em seus destacamentos e, sobretudo, não ter prestado as contas devidas, o que permitiu que, assim, usufruísse, em proveito próprio, de bens e verbas públicas.

9. O dolo de obter benefício indevido para si, em detrimento do erário, restou caracterizado não apenas pela retaliação funcional promovida à empregada subordinada que lhe denunciou à auditoria, deixando-a por meses sem acesso a qualquer sistema eletrônico para trabalho, como também pelo fato de ter reembolsado (05/10/2011) apenas parcialmente o proveito econômico obtido, e muito tempo depois não apenas do ocorrido (05/10/2010 e 04/02/2011) como também da própria confissão (08/09/2011), o que afasta qualquer alegação de boa-fé, sem contar o uso de influência e do alto cargo ocupado por seu irmão para obstar, repentinamente e de forma contrária aos procedimentos de praxe adotados pela instituição financeira em casos tais, investigação mais aprofundada dos fatos para apurar sua responsabilidade com vistas à eventual sanção disciplinar.

10. Tampouco se pode afastar o dano ao erário apenas porque a investigação realizada administrativa e internamente pela CEF - de forma direcionada e deficiente, como revelado - apurou prejuízo patrimonial de pequena monta e já restituído, em parte, à instituição financeira. Ainda que de menor valor, o dano ao erário ocorreu e restou reconhecido pelo próprio réu ao proceder ao respectivo reembolso. Ademais, como bem reconheceu o Juízo *a quo*, o objeto da presente ação não se restringe a valores pecuniários, mas abrange também valores morais e éticos infringidos pelo réu e, como visto, o uso de poderes próprios ou da condição de parente próximo em cargo de alta direção para agir e ainda influenciar na apuração de responsabilidade funcional, além de patentear o dolo da conduta, agrava a reprovabilidade do agente a exigir resposta sancionatória proporcional e adequada ao fim de punir e coibir tal forma de agir em relação à coisa pública. Neste sentido, como já destacado, embora não tenha sido instaurado procedimento disciplinar, o Diretor Executivo da DECOT comunicou o réu sobre a gravidade da violação de dever funcional, considerando que *“empregados que exercem funções gerenciais têm a responsabilidade de influenciar, através de suas condutas, as equipes a eles subordinadas e sob sua orientação quanto à correta e adequada execução de serviços”*. Tal posicionamento revela o efeito mais grave ainda da conduta, considerado o fato de que era de conhecimento geral, inclusive daqueles que apuraram as irregularidades, que o réu era irmão do Superintendente Nacional da CEF e depois Vice-Presidente, à época dos fatos, tornando, assim, mais exigível conduta exemplar e mais reprovável qualquer expediente que pudesse denotar uso pessoal da condição para favorecimento próprio.

11. Encontram-se devidamente configurados, no caso, atos de improbidade administrativa praticados por CARLOS AFONSO PALOMERO, conforme previsto nos artigos 9º, *caput* e XII, 10, *caput*, e 11, VI, da Lei 8.429/1992, a ensejar a parcial reforma da sentença para, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e os critérios de dosimetria da pena, nos termos do artigo 12 da LIA, arbitrar multa civil de duas vezes o valor da remuneração percebida pelo réu à época dos fatos. Ainda, considerados o grau de reprovabilidade das condutas praticadas e a necessidade de manter o réu afastado do trato da coisa pública, afigura-se igualmente cabível a

aplicação cumulativa da suspensão dos direitos políticos pelo período de quatro anos e da proibição de contratar com o poder público ou de 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 quatro anos.

12. A jurisprudência tem se posicionado pelo reconhecimento de danos morais coletivos, quando provado que os atos ímprobos tenham causado desprestígio dos serviços públicos, gerando insegurança e incredulidade dos cidadãos nos órgãos da Administração Pública, ao perder a respeitabilidade perante a coletividade, sobretudo, como no caso, em que a instituição financeira, pelas razões declinadas, sequer procedeu à devida e efetiva apuração administrativa da responsabilidade do réu.

13. Apelação do réu desprovida e apelação do Ministério Público Federal e remessa oficial, tida por submetida, parcialmente providas.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do réu e deu parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial, tida por submetida, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelações e remessa oficial, tida por submetida à sentença que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra CARLOS AFONSO PALOMERO, ex-empregado público da Caixa Econômica Federal, julgou parcialmente procedente o pedido para, em razão do uso indevido de passagens aéreas para fins particulares, conduta enquadrada no artigo 9º, *caput* e XII, da Lei 8.429/1992, condenar o réu ao pagamento de multa civil correspondente ao valor utilizado em proveito próprio (R\$ 1.050,84), atualizado até efetivo desembolso (ID 133842160, f. 39/53).

Apelou o *Ministério Público Federal*, alegando, em suma, que: (1) a ausência de instauração de processo administrativo disciplinar contra o réu, decorrente do ressarcimento do prejuízo à CEF e da deficitária apuração administrativa no âmbito da instituição bancária, não obsta a censura judicial da conduta ímproba, sob pena de transformar a via administrativa em meio necessário e prejudicial à instância judicial, em afronta aos artigos 5º, XXXV, da CF e 3º, *caput*, do CPC; (2) a reparação administrativa do prejuízo não afasta a responsabilização judicial por improbidade administrativa (artigo 21 da Lei 8.429/1992); (3) a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal é regra fundamental para aplicação das sanções administrativas (artigos 12, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa); (4) não se cogita de boa-fé do réu, pois o ressarcimento de eventuais valores ocorreu somente após análise preliminar dos fatos na via administrativa, demonstrando que "o agente possuía plena consciência da ilegalidade de seu com-



*portamento ao utilizar passagens aéreas e carro oficial da CEF, sem respaldo legal ou regulamentar, ou seja, animado por finalidades alheias à noção de moralidade administrativa”; (5) “a conduta do agente não foi isolada, mas está inserida num contexto de outras práticas ímprobas, as quais foram retratadas em ação diversa, cuja petição inicial se encontra acostada por cópia às fls. 48/86 destes autos”; (6) ao descumprir normativos internos da Caixa Econômica Federal (Manual Normativo RH 005, item 3.1.2.4), o réu infringiu o Código de Ética da Caixa (RH 103.021), bem como os deveres de honestidade, boa-fé, boa gestão dos recursos públicos e lealdade à instituição pública a qual pertence; (7) as alegações de complexidade e excesso de atribuições não afastam a necessidade de estrita observância das normas internas vigentes na CEF, estabelecidas com vistas à regularidade, moralidade e credibilidade da instituição; (8) a prova dos autos revelou que o réu não utilizou passagens aéreas custeadas pela CEF, efetuando deslocamentos em veículos próprios da instituição financeira, sem proceder à devolução dos bilhetes, não utilizados para os fins aos quais emitidos, mas posteriormente aproveitados para viagens pessoais, com fins particulares, beneficiando-se em detrimento do erário; (9) as testemunhas arroladas pelo autor da ação confirmaram os elementos coligidos na fase inquisitorial, enquanto nenhuma das testemunhas da defesa foi capaz de infirmar a prova documental acostada aos autos, corroborando, ao contrário, a obrigatoriedade de registro dos deslocamentos no sistema de controle da CEF e esclarecendo que mudanças repentinas de itinerário eram improváveis; (10) restou demonstrado que, em confronto com os registros de uso do carro oficial da CEF, que possuía planilha própria de controle, a maioria dos deslocamentos realizados pelo réu não estava registrada no sistema, além de existir emissão de passagens aéreas simultaneamente à utilização de carro da instituição financeira, sendo os bilhetes aéreos reaproveitados para fins particulares, por vezes em feriados; (11) a funcionária que detectou tais irregularidades, por ser responsável pela emissão dos bilhetes de viagens, denunciou tais fatos à auditoria foi, por tal motivo, afastada da função pelo réu, sendo designada para exercício de outras atividades; pelo que requereu a reforma da sentença com aplicação de todas as sanções indicadas na inicial (ID 133842160, f. 56/71).*

Apelou, por sua vez, o réu, aduzindo que: (1) não restou comprovado dolo, culpa ou má-fé, elemento subjetivo essencial à conduta ímproba, sobretudo diante da *“completa ausência de estrutura fornecida pela Caixa Econômica Federal a seus funcionários”*; (2) foi requisitado a assumir o posto de Gerente de Sustentação ao Negócio da Filial de Logística em Bauru/SP - GILOG/Bauru para coordenar projeto de expansão e realocação de 610 agências da CEF em todo o interior paulista, deslocando-se, por vezes, *“com escopo de cumprir adequadamente suas atribuições e em função da ausência de outros funcionários para ajuda-lo”*, mais de uma vez por semana até a filial de Campinas; (3) *“em face de suas atribuições, muitas vezes acabavam por surgirem outras situações inesperadas, como por exemplo, reuniões de urgência em determinadas unidades, assaltos às agências, e assim o apelante acabava por ter que adicionar outros destinos ao seu itinerário que já estava pré-estabelecido inicialmente”*; (4) *“ante a evidente falha estrutural”* da empresa, propôs-se voluntariamente, sem qualquer investigação contra si instaurada (PAD), a ressarcir eventual prejuízo que pudesse ter inconscientemente provocado, devolvendo à CEF o valor relativo

ao itinerário referente à Brasília; (5) a Caixa Econômica Federal não fornecia aos gestores meios eficazes de controle dos serviços de transporte prestados; (6) a prova oral dos autos confirma a boa gestão e a defasagem da estrutura disponibilizada pela CEF entre 2010 e 2013, além do excesso de serviço, que dificultava trâmites burocráticos atinentes à retificação de itinerário em razão de deslocamentos alterados de última hora, revelando a fragilidade do conjunto probatório quanto ao alegado uso indevido de veículos; (7) em nenhum momento desviou-se das atribuições e eventual inabilidade, decorrente de sobrecarga de serviço, em lidar com as burocracias estabelecidas em relação a deslocamentos não justifica a imputação de ato ímprobo; e (8) não restou comprovada qualquer atitude deliberada de atuar com desonestidade ou de causar dano ao erário; pelo que requereu a reforma da sentença, para integral improcedência do pedido ou, subsidiariamente, para que seja aplicado apenas o ressarcimento integral do dano, que já ocorreu (ID 133842160, f. 78/96).

Houve contrarrazões (ID 133842160, f. 100/21 e 123/34).

O Ministério Público Federal opinou pela confirmação da sentença.

Em razão do advento da Lei 14.230/2021, foi dada vista às partes para manifestação, sustentando o réu a retroatividade da nova legislação e inexistência de dolo específico, requerendo a rejeição ou, ao menos, a improcedência da ação.

É o relatório.

## VOTO

Senhores Desembargadores, inicialmente, cumpre ressaltar que a sentença foi proferida na vigência da Lei 8.429/1992 com redação anterior às alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, pelo que cabível remessa oficial, que se tem por submetida, conforme entendimento jurisprudencial até então prevalecente (AgInt no AREsp 1.541.937, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 20/5/2022).

A propósito, destaca-se que toda a matéria devolvida pela via da remessa oficial, na espécie, foi também objeto da apelação interposta pelo Ministério Público Federal, não se aplicando, pois, a suspensão processual deferida nos RESP's 1.553.124, 1.605.586, 1.502.635 e 1.601.804, afetos ao Tema 1.042/STJ, nos quais, inclusive, foi estabelecido, em 24/02/2022, *"o retorno do recurso especial ao Sr. Ministro Manoel Erhardt, tornando sem efeito o julgamento iniciado e, conseqüentemente, o pedido de vista formulado, para proporcionar ao relator originário o exame da potencial incidência da alteração apresentada pela Lei nº 14.230/2021 no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa julgada no presente recurso especial repetitivo"*.

No mérito, trata-se de ação civil pública ajuizada em 01/07/2014 pelo Ministério Público Federal para condenar CARLOS AFONSO PALOMERO, por ato de improbidade administrativa porque, no exercício do cargo de gerente da Caixa Econômica Federal, empresa pública, deixou de prestar contas acerca de viagens custeadas com dinheiro público, tendo utilizado, para fins particulares, bilhetes aéreos adquiridos para uso em serviço, assim auferindo vantagem patrimonial indevida, com prejuízo ao erário e violação a princípios da administração pública.

Segundo a inicial (ID 133842157, f. 5/46), auditoria realizada pela Regional da Caixa Econômica Federal em Campinas/SP apurou a existência de fraudes na execução de contratos de prestação de serviços de transporte de pessoas a serviço da CEF, bens, documentos e/ou pequenos volumes, por parte da empresa contratada e de empregados da Regional de Sustentação ao Negócio e Logística de Bauru da Caixa Econômica Federal, que redundou na propositura da ação civil pública por improbidade administrativa 0005714-08.2012.4.03.6108, em trâmite na 1ª Vara Federal de Bauru/SP.

Após, houve denúncia anônima acerca de outras irregularidades não abrangidas naquela ação e que não teriam sido apontadas na auditoria então realizada, *"em razão de suposta pressão do Diretor Executivo de Suprimento, Segurança e Contratação, Cléverson Tadeu Santos"*, o que ensejou a instauração do inquérito civil em anexo (ID 133842161 e 133842162), para averiguação, com solicitação de informações e documentos à Caixa Econômica Federal.

Conforme o autor da ação, em Análise Preliminar da Diretoria Executiva de Suprimento, Segurança e Contratação – DECOT da Caixa Econômica Federal restou apurado que no período de agosto/2010 a abril/2011 o réu CARLOS AFONSO PALOMERO, à época Gerente de Sustentação ao Negócio da Filial de Logística, da Caixa Econômica Federal em Bauru/SP, realizou 23 deslocamentos para diversos municípios de São Paulo e para Brasília/DF, sem efetivar os devidos destacamentos no Sistema de Recursos Humanos – SISRH, conforme determina o item 3.1.2.4 do Manual Normativo RH 005 da Caixa Econômica Federal, independentemente de haver ou não crédito de valores para o empregado.

Detalhou a exordial que, conforme apurado pela CEF, foram verificados casos de mudança de destino, data e meio de transporte, de aéreo para terrestre, sem que o réu lançasse tais alterações no SISRH ou devolvesse as passagens ou o respectivo valor de aquisição; além da ausência de indicação de usuário na Planilha de Controle de Viagens – Veículo Caixa por quatro dias. Descreveu, ainda, a inicial que houve ocasião em que a passagem aérea não utilizada para o destacamento previsto, sem a devolução do respectivo bilhete ou valor de aquisição, foi posteriormente utilizada pelo réu em viagem pessoal para fins particulares.

Aduziu o Ministério Público Federal que, assim agindo, o réu deixou de prestar constas de dinheiro público utilizado pela CEF para custear viagens a serviço, dificultando fiscalização e controle da Administração e auferindo vantagem patrimonial indevida em detrimento do erário, com ofensa à honestidade, moralidade e legalidade.

Constou, ainda, da inicial que a incompetência da Diretoria Executiva de Suprimento, Segurança e Contratação – DECOT para apuração administrativa de tais fatos, conforme Normativo Interno AE 079 da CEF, constitui indício adicional das irregularidades praticadas por CARLOS AFONSO PALOMERO, *"em razão da parcialidade da autoridade instauradora em obter o arquivamento da referida análise"* diante apenas do ressarcimento do prejuízo, providenciado somente em outubro/2010 e fevereiro/2011, após a instauração da Análise Preliminar.

Narrou o *parquet* que tais condutas afetaram negativamente a imagem da Caixa Econômica Federal, gerando descrédito na seriedade da Administração Pública Federal, atingindo os cidadãos de forma difusa e provocando dano extrapatrimonial à sociedade brasileira.

Concluiu, assim, o Ministério Público Federal que o réu incidiu no disposto nos artigos 9º, *caput* e XII, 10, *caput*, e 11, *caput*, I, II e VI, da Lei 8.429/1992, pelo que requereu condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, perda do cargo público, suspensão dos direitos políticos pelo período de oito a dez anos, multa civil de até cem vezes o valor de seu subsídio mensal, e proibição de contratar com o poder público ou de 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 dez anos.

A sentença foi proferida em 20/03/2019 (ID 133842160, f. 53). Após interposição de recursos e juntada de contrarrazões, os autos subiram a esta Corte em 05/06/2020.

Como se observa, a ação foi regularmente processada na vigência da redação da Lei 8.429/1992 antes das alterações promovidas pela Lei 14.230, publicada em 26/10/2021, promovendo numerosas alterações na Lei 8.429/1992, que rege a presente ação de improbidade administrativa, sobre as quais as partes foram ouvidas e houve manifestações.

A propósito, para definir "*eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente*", o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou, recentemente, no julgamento do ARE 843.989 (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, dj 18/08/2022), com repercussão geral, as seguintes teses vinculantes:

- "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos *praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior*; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei" (grifamos, Tema 1.199)

No exame das condutas ímprobadas imputadas na espécie, cumpre destacar que, conquanto ainda pendentes de publicação acórdão e inteiro teor do paradigma julgado pela Suprema Corte (ARE 843.989: Tema 1.199), é possível extrair de publicações oficiais relacionados ao julgamento a tese de que "*Diante da revogação expressa do texto legal anterior, não se admite a continuidade de uma investigação, uma ação de improbidade, ou uma sentença condenatória por improbidade com base em uma conduta culposa não mais tipificada legalmente. Entretanto, a incidência dos efeitos da nova lei aos fatos pretéritos não implica a*

*extinção automática das demandas, pois deve ser precedida da verificação, pelo juízo competente, do exato elemento subjetivo do tipo: se houver culpa, não se prosseguirá com o feito; se houver dolo, prosseguir-se-á. Essa medida é necessária porque, na vigência da Lei 8.429/1992, como não se exigia a definição de dolo ou culpa, muitas vezes a imputação era feita de modo genérico, sem especificar qual era o elemento subjetivo do tipo”* (Informativo STF 1.065, de 02/09/2022).

Logo, as alterações promovidas pela nova Lei 14.230/2021 nos tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, com supressão ou inclusão de elementos objetivos ou subjetivos, aplicam-se aos atos ímprobos praticados na vigência da redação anterior da lei, desde que sem condenação transitada em julgado, como no caso, *“em virtude da revogação expressa do texto anterior”* nestas hipóteses (<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=492606>, notícia veiculada em 18/08/2022).

Em convergência com tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já havia, anteriormente, na recente fixação da Tese 1.108 (*“A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública”*), considerado, na fundamentação do julgamento dos paradigmas já em curso (REsp’s 1.926.832, 1.930.054 e 1.913.638, julgados em 11/05/2022), as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 nos tipos legais de improbidade administrativa, como se observa da ementa de um dos respectivos acórdãos:

REsp 1.926.832, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 24/05/2022: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO. AUTORIZAÇÃO. LEI LOCAL. DOLO. AFASTAMENTO. 1. Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela lei de improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores ou de agentes públicos inexperientes, inábeis ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública ou na prática de atos administrativos, sem má-fé ou intenção de lesar o erário ou de enriquecimento. 2. A questão central objeto deste recurso, submetido ao regime dos recursos repetitivos, é saber se a contratação de servidores temporários sem concurso público, baseada em legislação municipal, configura ato de improbidade administrativa, em razão de eventual dificuldade de identificar o elemento subjetivo necessário à caracterização do ilícito administrativo. 3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, desde há muito, a contratação de servidores públicos temporários sem concurso público baseada em legislação local afasta a caracterização do dolo genérico para a configuração de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. 4. *O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de*



*improbidade administrativa, ex vi do art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.429/1992, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado.* 5. Para os fins do art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: "A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública."6. In casu, o Tribunal de origem manteve a sentença que condenou os demandados, mesmo levando em conta a existência de leis municipais que possibilitavam a contratação temporária dos servidores apontados nos autos, sem a prévia aprovação em concurso público, motivo pelo qual o acórdão deve ser reformado. 7. Recurso especial provido."

Neste contexto e considerando os limites da devolução, tem-se que a atual redação da Lei 8.429/1992, no que retroativamente aplicável à presente ação conforme Tese 1.199/STF e fundamentação supramencionada, excluiu a caracterização de improbidade administrativa pela prática de ato culposos, como antes previa o respectivo artigo 10, assim como deixou de conter, no artigo 11, tipo aberto, não mais admitindo, para tipificação, qualquer ação ou omissão que violasse princípios da administração pública, a exemplo das figuras elencadas nos respectivos incisos, que constituíam rol apenas exemplificativo, permitindo, inclusive, imputação de ato ímprobo com fundamento apenas no *caput* do artigo. Na atual redação, porém, a caracterização da violação aos princípios administrativos deve decorrer necessariamente de condutas elencadas nos respectivos incisos, tornando, pois, exaustivo e taxativo o respectivo rol.

No caso dos autos, a inicial imputou ao réu condutas ímprobos tipificadas nos artigos 9º, *caput* e XII, 10, *caput*, e 11, *caput*, I, II e VI, da Lei 8.429/1992:

~~"Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:~~

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

~~Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:~~

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]



~~Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:~~

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

~~I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;~~

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

~~II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;~~

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

~~VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;~~

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)"

No aspecto subjetivo da tipicidade legal, a nova redação da LIA passou a exigir, ainda, especial intento do agente ímprobo de obter proveito ou benefício indevido próprio ou para outrem, conforme previsto nos parágrafos do artigo 11, com disposições aplicáveis a quaisquer atos de improbidade administrativa:

"Art. 11. [...]

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o *fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade*. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º *Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei*. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)"

*Na espécie*, consta dos autos que foi informalmente noticiado à Auditoria Regional da Caixa Econômica Federal - CEF em Bauru/SP que CARLOS AFONSO PALOMERO - à época dos fatos, gestor máximo da unidade, tendo acima dele, como chefia imediata, apenas a matriz da Caixa Econômica Federal em Brasília/DF - praticou diversas irregularidades em deslocamentos a serviço, com alterações de datas, destinos e meio de transporte utilizado sem devido registro no sistema de controle e correspondente prestação de contas e, por vezes, com utilização, em proveito particular próprio, de veículo da empresa pública e passagens aéreas custeadas com dinheiro público, sem o respectivo reembolso.

Não obstante, tais irregularidades não foram objeto de regular apuração no âmbito administrativo interno da instituição financeira, tendo sido o procedimento preliminar precocemente arquivado, sem investigação exauriente dos fatos, por figurar o irmão do réu no alto escalão da matriz em Brasília/DF.

Com efeito, inquirida na instrução processual da presente ação, a testemunha Solange Aparecida de Souza Felício declarou que: trabalhou com o réu, seu

superior hierárquico, por cerca de dois anos, sendo responsável pela emissão de passagens aéreas; observou, *por meses*, que, para a mesma data e destino que eram emitidas passagens aéreas para destacamentos a serviço, o réu realizava o trajeto em veículo da CEF, *fazendo uso posterior do bilhete aéreo em ocasião que se mostrava não ser a serviço, como por exemplo em feriados*; começou a guardar documentos comprobatórios de tais fatos, tendo-os apresentado aos auditores da CEF em Bauru; após tal denúncia o réu determinou que lhe fosse retirado todo acesso aos sistemas, transferindo-a depois para setor subordinado ao irmão dele, que era chefe em Brasília, de modo que ainda permaneceu sem sistemas, executando apenas tarefas manuais, por alguns meses; e a denúncia em nada resultou justamente por ser o irmão do réu ocupar cargo de chefia em Brasília/DF, tendo ocupado a Superintendência Nacional e Vice-Presidência da CEF (ID 133842166).

A testemunha Rodrigo Paladino Perrucci, subordinado do réu, também confirmou que a unidade em que atuavam à época dos fatos era subordinada diretamente à Brasília/DF e que o irmão do réu era, na data do depoimento, Vice-Presidente da CEF na capital federal (ID 133842300).

Nelson Lourenção Teixeira, ex-auditor da CEF em Bauru/SP, hoje aposentado, confirmou que recebeu a denúncia da empregada Solange Aparecida de Souza Felício, tendo sido designado para verificar a autenticidade dos fatos, *"e nós apuramos que houve alguns episódios de utilização do veículo para fins particulares. Ele morava em Brasília na época e viajava com frequência, o carro era muito usado entre Bauru e Campinas, uso pessoal. Nós recomendamos a abertura de um processo de apuração que iria investigar os fatos"*(grifamos, ID 133842158, f. 152/5).

A testemunha Elton Tonetto Bozz, auditor da CEF, afirmou que: diante da denúncia recebida no setor, procedeu meramente a breve cotejamento da planilha de registro de uso dos carros da CEF com os dados lançados no sistema SISRH, identificando diversas utilizações do veículo sem devido respaldo no sistema, situação que demandava apuração de uso para fins particulares; recebeu documentos sobre passagens aéreas com alterações de datas e destino, também sem amparo no sistema de registro de destacamentos; chegou a ser indicado para proceder a tal apuração, mas houve entendimento da gestão da auditoria que seria feita pela matriz e não pela regional, de modo que a análise preliminar realizada ocorreu no âmbito da matriz/DF, não tendo sido conduzida pela regional; e o registro do destacamento no sistema, com todas informações pertinentes, autorização, data, destino, motivo e etc., deve ser prévio ao próprio deslocamento (ID 133842163).

Fernando Antônio de Oliveira Santos, auditor da CEF, também ouvido na instrução processual, declarou que: os auditores estavam em campo em Bauru/SP, quando receberam informações sobre irregularidades nos destacamentos do réu, chegando a verificar, por amostragem, três ou quatro casos, e *constatando a veracidade dos fatos*; planejaram trabalho de apuração de responsabilidade, a abranger destacamentos realizados no último ano, com todas circunstâncias, porém o gestor do setor de auditoria resolveu consultar primeiro o superior do réu, um superintendente em Brasília, que decidiu instaurar, com base nos mesmos documentos e informações previamente levantadas em amostra pelos auditores regionais, análise preliminar no âmbito de Brasília, constatando o mesmo já verifi-

cado por auditores, porém concluindo pela não instauração de processo disciplinar civil, sob fundamento de economicidade, por envolver valor de pequena monta; o setor da testemunha não concordou com a solução, pois, se a investigação tivesse sido seguido fluxo normal, teria havido um PDC, que é instaurado quando há indício de irregularidade, como no caso (ID 133842164).

De fato, os documentos carreados aos autos revelam que Cleverson Tadeu Santos, Diretor Executivo de Suprimento, Segurança e Contratação – DECOT, da Caixa Econômica Federal em Brasília/DF, foi cientificado, em 22/08/2011, via e-mail, da denúncia acerca das irregularidades cometidas nos deslocamentos do gerente CARLOS AFONSO PALOMERO, assumindo a investigação dos fatos (ID 133842161, f. 67/76).

Houve manifestação preliminar do réu em 08/09/2011 (ID 133842161, f. 77/145 e ID 133842162, f. 1/27), confessando que utilizou, em viagem particular, passagem aérea emitida pela CEF para uso em serviço: *"Destacamento de 01/02/2011 a 04/02/2011: Havia o destacamento para realizar ponto de controle com as Superintendências Regionais atendidas pela GILOG/BU durante esse período. Porém, devido fatos imprevisíveis e alheios a minha vontade impediram concluir o planejamento. O bilhete aéreo deveria ter sido alterado, mas por equívoco foi trocado com bilhete particular do empregado e utilizado em 06/03/2011, com origem/destino Ribeirão Preto/Brasília"* (grifamos, f. 89).

Após tais justificativas, Cleverson Tadeu Santos fez a seguinte manifestação: *"para subsidiar decisão quanto à instauração ou não de processo disciplinar, indico como minha representante a empregada Francis Myriam [...], lotada na Gerência de Filial de Logística Curitiba, para conduzir a Análise Preliminar, que terá prazo máximo de até 15 (quinze) dias para conclusão, conforme MN AD 079, item 3.3.4"* (09/09/2011 – ID 133842162, f. 32).

Em cumprimento, a empregada Francis Myriam enviou, em 16/09/2011, o seguinte parecer ao Diretor Executivo da DECOT (ID 133842162, f. 33):

*"Em atendimento ao delegado a mim, por V.Sa., em 09 de setembro de 2011, informo que analisei os elementos apresentados, constatando serem insuficientes para determinar a culpabilidade do empregado denunciado, quanto à utilização de recursos CAIXA em interesses particulares.*

*Através das justificativas apresentadas pelo Gerente Carlos Palomero, endossadas pela GELOG e GILIE/CP, as agendas foram cumpridas à serviço da Caixa, portanto a utilização dos veículos, na sua maioria, foram para atendimento a serviço da Caixa.*

*Ocorre, porém, que o mesmo descumpriu normativos com relação à obrigatoriedade de solicitar destacamento e efetuar prestações de contas em deslocamentos necessários, também apresentou problemas de formalidade de preenchimento de atestes dos BDTs dos veículos. Situação, inclusive, que impede uma análise mais apurada dos fatos."* (grifamos)

O Diretor Executivo da DECOT assim decidiu: "Considerando que a Análise apresentada pela empregada supracitada não contém elementos suficientes que possa embasar tomada de decisão referente à instauração ou não de Processo Disciplinar e Civil contra o Gerente de Sustentação ao Negócio da GILOG/BU, in-

dico as empregadas Carolina Duarte [...] DECOT) e Gisele Cristiane [...] SUCOT) como responsáveis pela condução da referida Análise Preliminar. [...] Assim, as empregadas indicadas como responsáveis pela condução da referida Análise Preliminar deverão elaborar Relatório, referente à denúncia em questão, e preencher as informações solicitadas no sistema APUR" (26/09/2011 – ID 133842162, f. 34).

A empregada Carolina Duarte, da DECOT, solicitou, em 04/10/2011, via e-mail, ao Coordenador de Sustentação ao Negócio GILOG/BU informações sobre valores gastos com determinadas passagens aéreas e *eventual reembolso* do respectivo custo pelo réu (ID 133842162, f. 28/9).

No dia seguinte, o réu efetuou, em 05/10/2011, ressarcimento dos valores de R\$ 379,02 e R\$ 341,82, relativos a trechos indicados no e-mail da empregada Carolina Duarte (ID 133842162, f. 29/31 e 35).

No dia posterior ao ressarcimento, em 06/10/2011, as empregadas indicadas pelo Diretor Executivo da DECOT entregaram-lhe relatório e respectiva análise preliminar, lançada no sistema APUR, no qual, apesar de consignarem as diversas irregularidades praticadas pelo réu, concluíram apenas por descumprimento de normativos internos e finalizaram relatando os pequenos reembolsos efetuados (ID 133842162, f. 36/45):

"[...]

DOS FATOS:

Durante a elaboração da presente Análise Preliminar, foram constatados os seguintes fatos:

O empregado Carlos Afonso Palomero *realizou 23 (vinte e três) deslocamentos* para diversos Municípios do Estado de São Paulo e para a cidade de Brasília/DF *sem efetivar os destacamentos no Sistema SISRH*.

Em 03 (três) destacamentos efetuados para o empregado Carlos Afonso Palomero houve *alteração dos destinos e/ou datas, sem que tais alterações fossem lançadas no Sistema SISRH*.

Em 01 (um) destacamento efetuado para o empregado Carlos Afonso Palomero houve *alteração de meio de transporte (aéreo para terrestre), sem que tal alteração fosse lançada no Sistema SISRH*.

Em razão das *alterações de destino e/ou datas*, foram verificadas 03 (três) situações em que o empregado Carlos Afonso Palomero *utilizou as passagens aéreas emitidas pela Caixa*, porém efetuou, com recursos próprios, o pagamento das despesas referentes às alterações.

Foi verificada 01 (uma) situação em que foi efetivada a *emissão de duas passagens aéreas* para o empregado Carlos Afonso Palomero (BU/SP/BU), *sendo que estas não foram usadas para o fim indicado, uma vez que na data em questão ele se deslocou por via terrestre. Não há registro de devolução das passagens ou do valor referente à sua aquisição*.

Foi verificada 01 (uma) situação em que foi efetivada *emissão de passagem aérea* para o empregado Carlos Afonso Palomero (SP/BU), *sendo que esta não foi utilizada para o fim indicado, uma vez que na data em questão ele se deslocou por via terrestre para destino diverso do indicado e utilizando passagem de outro destacamento. Não há registro de devolução da passagem ou do valor referente a sua aquisição*.

Foi verificada, em 04 (quatro) dias, a ausência de indicação de usuário na Planilha de Controle de Viagens – Veículo Caixa.

**CONCLUSÃO**

O MN RH005 prevê em seu item 3.1.2.4 que é obrigatório o registro de destacamento no SISRH, independentemente de haver ou não crédito de valores para o empregado.

Sendo assim, ao realizar 23 (vinte e três) deslocamentos para diversos Municípios do Estado de São Paulo e para a cidade de Brasília/DF sem efetivar os destacamentos no Sistema SISRH, *o empregado Carlos Afonso Palomero descumpriu determinação do normativo em questão.*

Vale ressaltar que, *em sua manifestação preliminar o empregado reconheceu que a regra acima não foi adotada em todos os casos*, e que existe a necessidade de melhoria nos controles internos da Filial de Logística de Bauru/SP, sendo que a equipe responsável já foi orientada nesse sentido.

Em seu item 3.1.2.1 o referido MN prevê que *se o destacamento não ocorrer, a unidade solicitante deve proceder o cancelamento do registro no SISRH, até 02 dias úteis posteriores à data prevista para o seu início, e providenciar o cancelamento das passagens e hospedagem.*

Vale ressaltar que, em caso de alterações de destino/datas/meios de transporte, o destacamento deve ser cancelado e novo destacamento, com as informações atualizadas, deve ser efetuado *ou o empregado pode informar tais alterações no ato da prestação de contas do destacamento.*

Sendo assim, quando realizou 03 (três) deslocamentos com destino e/ou data diversos do informado nos destacamentos efetuados no SISRH e 01 deslocamento por meio de transporte diverso do informado no sistema SISRH (aéreo para terrestre), *o empregado Carlos Afonso Palomero descumpriu determinação do normativo em questão, visto que também não informou tais alterações no ato da prestação de contas.*

O item 3.12.8 do MN em questão prevê que a unidade de lotação deve comunicar por meio eletrônico à GILOG a *não utilização da passagem aérea, para que seja efetuado o cancelamento do bilhete/reserva junto à empresa ou o ressarcimento dos valores pagos.*

Sendo assim, na situação em que foi efetivada a emissão de suas passagens aéreas para o empregado Carlos Afonso Palomero (BU/SP/BU), sendo que estas não foram usadas para o fim indicado, uma vez que *na data em questão ele se deslocou por via terrestre e, considerando que não há registro de devolução das passagens ou do valor referente a sua aquisição, o empregado Carlos Afonso Palomero descumpriu determinação do normativo em questão.*

O item supracitado também foi descumprido pelo empregado Carlos Afonso Palomero na situação em que foi efetivada emissão de passagem aérea (SP/BU), sendo que esta não foi utilizada para o fim indicado, uma vez que *na data em questão o empregado se deslocou por via aérea para destino diverso do indicado e utilizando passagem aérea de outro destacamento.*

Com relação à alegação de uso particular de veículo Caixa pelo empregado Carlos Afonso Palomero esta Análise Preliminar *não pode concluir pela veracidade dos fatos*, sendo importante ressaltar que *grande parte dos deslocamentos* feitos pelo empregado em questão foram comprovados por outros empregados, por anotações pessoais e por agenda de trabalho.

Com relação às ausências de indicação de usuário na Planilha de Controle de Viagens – Veículo Caixa, o empregado denunciado informou em sua manifestação preliminar que tal falha foi apontada nos relatórios de auditoria, sendo que outros controles no contrato atual já foram implementados e aperfeiçoados.

Informamos, ainda, que no dia 04/10/2011, visando a subsidiar a elaboração do



presente Relatório e da Análise Preliminar aberta no sistema APUR, com base no previsto no item 3.3.3.1 do MN AE 079, solicitamos ao Coordenador de Sustentação ao Negócio da GILOG/BU, Carlos Rodrigo Nobre Moreno, encaminhar à DECOT as informações relacionadas no MO15127, que seguem descritas abaixo:

- Valor gasto com a aquisição de passagens, trecho Bauru/São Paulo/Bauru, para o empregado Carlos Afonso Palomero com saída prevista para o dia 05/10/2010 e retorno para o dia 06/10/2010;

- Informar se o empregado em questão devolveu as passagens aéreas acima mencionadas ou o valor referente a sua aquisição;

- Valor gasto com a aquisição de passagem, trecho São Paulo/Bauru, para o empregado Carlos Afonso Palomero para o dia 04/02/2011;

- Informar se o empregado em questão devolveu a passagem aérea acima mencionado ou o valor referente a sua aquisição.

Ressaltamos que referida solicitação de informações e o MO15127, seguem anexos a este Relatório (doc. 1).

Em resposta à solicitação supracitada, a GILOG/BU informou à DECOT, em 05/10/2011, que foram gastos R\$ 341,82 com a aquisição dos bilhetes Bauru/São Paulo/Bauru, 05/10/2010 e 06/10/2010, para o empregado denunciado, e que foram gastos R\$ 379,02 com a aquisição do bilhete São Paulo/Bauru, 04/02/2011, para o empregado denunciado.

A GILOG/BU informou, ainda, que no dia 05/10/2011 o empregado denunciado realizou o reembolso do valor referente à aquisição das referidas passagens aéreas e que os valores em questão foram lançados no Evento 0105-8 (Recuperação de Despesas Diversas), através de Documento de Lançamento de Evento (DLE), que segue anexo (doc. 2)." (grifamos)

O Diretor Executivo da DECOT, Cleverson Tadeu Santos, determinou, então, o cancelamento da prestação de contas do destacamento efetuado para o réu em 05/10/2010, conforme documentado em 10/10/2011: *"Tendo em vista alteração do meio de transporte utilizado para o deslocamento do empregado (aéreo para terrestre – carro Caixa), sem que o respectivo destacamento (05/10/2010) tenha sido cancelado e sem que a prestação de contas tenha sido efetivada de acordo com as alterações realizadas, DECIDO cancelar, com base no item 3.14.5 do MN RH005 e por meio de solicitação que deverá ser encaminhada à GERET02, o destacamento em questão"* (grifamos, ID 133842162, f. 46).

Em seguida, o mesmo diretor executivo assim concluiu: *"Considerando que no dia 05/10/2011 o empregado denunciado realizou o reembolso do valor referente à aquisição das passagens aéreas que não foram utilizadas para o fim indicado (R\$ 720,84) e que no item 5.2 da presente Análise Preliminar foi determinado o cancelamento da prestação de contas referente ao destacamento realizado em 05/10/2010 (R\$ 330,00), DECIDO pela não instauração do processo disciplinar e civil, tendo em vista que as perdas financeiras geradas para a Caixa foram/serão ressarcidas ou recuperadas (R\$ 1.050,84)"* (grifamos, ID 133842161, f. 14).

O cenário descrito acima revela que, em verdade, apesar da própria confissão do réu quanto o uso de passagem emitida pela CEF em viagem particular e da confirmação, em mais de uma oportunidade, de que houve descumprimento flagrante de procedimentos internos necessários em relação a destacamentos, sobretudo prestação de contas, a investigação, até então deficiente, foi interrom-



vida, sem que sequer fosse instaurado procedimento disciplinar, justificando-se a decisão na pequena monta do prejuízo e no respectivo ressarcimento parcial muito depois do dano causado, sem esclarecimentos maiores acerca da conduta funcional do réu e alcance efetivo dos prejuízos provocados.

É curioso que, sem apurar adequadamente e sequer instaurar processo disciplinar face ao apurado, no tocante aos prejuízos causados à CEF, não apenas em termos patrimoniais, mas em função da projeção interna da conduta funcional de pessoa no exercício de função relevante na estrutura da instituição (Gerente de Filial da GI Logística Bauru/SP), o Diretor Executivo da DECOT enviou ao réu, em 25/10/2011, recomendações quanto ao uso adequado do Manual Normativo MN RH005, destacando, ao final, que *"o MN RH005, que disciplina o deslocamento temporário de empregado no Brasil, abrange todos os funcionários da Caixa e, portanto, o Gerente de Sustentação ao Negócio da Filial de Logística não está dispensado de cumprir as normas previstas em tal normativo e nem, tampouco, autorizado a omitir informações. De fato, empregados que exercem funções gerenciais têm a responsabilidade de influenciar, através de suas condutas, as equipes a eles subordinadas e sob sua orientação quanto à correta e adequada execução de serviços. [...] Por fim, ressaltamos que a GILOG exerce papel fundamental no acompanhamento e controle das atividades das Unidades Caixa, e consequentemente deve cumprir as normas que controla servindo como exemplo para toda a empresa"* (ID 133842162, f. 48/51).

Como se observa, no contexto fático e probatório dos autos, considerados os documentos carreados e a prova oral produzida, restou incontroverso que o réu, em razão do exercício da função desempenhada em empresa pública federal, utilizou em proveito próprio, para uso pessoal, passagens aéreas emitidas com dinheiro público, bem como carros locados pela CEF, através de contratos firmados para uso em serviço, causando lesão ao erário, mediante o subterfúgio de não prestar contas devidas sobre deslocamentos registrados em confronto com deslocamentos efetivamente realizados.

Ainda que as testemunhas arroladas pela defesa do réu tenham confirmado em Juízo a sobrecarga de serviço, defasagem de estrutura, e constantes alterações repentinas nos itinerários do réu (ID's 133842167, 133842168 a 133842181, e 133842282 a 133842299), as condutas ímprobas que lhe são imputadas decorrem não do fato de não ter procedido o réu às alterações devidas no sistema de registro de deslocamentos, mas sim de não ter sequer comunicado ao *subordinado encarregado do registro* as alterações ocorridas em seus deslocamentos e, sobretudo, não ter prestado as contas devidas, o que permitiu que, assim, usufruísse, em proveito próprio, de bens e verbas públicas.

Com efeito, Luiz Antonio de Lima, à época, Coordenador de Logística, subordinado ao réu, afirmou que: até 2010 era o responsável pelo lançamento dos deslocamentos e que as alterações ocorridas durante os deslocamentos eram lançadas no sistema apenas se o empregado se lembrasse de informá-las, verbalmente ou através de e-mail; não é o empregado destacado que faz o lançamento no sistema, mas outro empregado especificamente encarregado de tal função, devendo o empregado destacado fazer a prestação de contas do deslocamento realizado (ID 133842167).

O dolo de obter benefício indevido para si, em detrimento do erário, restou caracterizado não apenas pela retaliação funcional promovida à empregada subordinada que lhe denunciou à auditoria, deixando-a por meses sem acesso a qualquer sistema eletrônico para trabalho, como também pelo fato de ter reembolsado (05/10/2011) apenas parcialmente o proveito econômico obtido, e muito tempo depois não apenas do ocorrido (05/10/2010 e 04/02/2011) como também da própria confissão (08/09/2011), o que afasta qualquer alegação de boa-fé, sem contar o uso de influência e do alto cargo ocupado por seu irmão para obstar, repentinamente e de forma contrária aos procedimentos de praxe adotados pela instituição financeira em casos tais, investigação mais aprofundada dos fatos para apurar sua responsabilidade com vistas à eventual sancionamento disciplinar.

Assim, ainda que o réu tenha buscado desqualificar o testemunho de Solange Aparecida de Souza Felícia, por ter sido esta investigada e sancionada em processo disciplinar anterior (ID 133842161, f. 12), as demais circunstâncias narradas não permitem cogitar-se de boa-fé, como alegado.

Tampouco se pode afastar o dano ao erário apenas porque a investigação realizada administrativa e internamente pela CEF - de forma direcionada e deficiente, como revelado - apurou prejuízo patrimonial de pequena monta e já restituído, em parte, à instituição financeira. Ainda que de menor valor, o dano ao erário ocorreu e restou reconhecido pelo próprio réu ao proceder ao respectivo reembolso.

Ademais, como bem reconheceu o Juízo *a quo*, o objeto da presente ação não se restringe a valores pecuniários, mas abrange também valores morais e éticos infringidos pelo réu e, como visto, o uso de poderes próprios ou da condição de parente próximo em cargo de alta direção para agir e ainda influenciar na apuração de responsabilidade funcional, além de patentear o dolo da conduta, agrava a reprovabilidade do agente a exigir resposta sancionatória proporcional e adequada ao fim de punir e coibir tal forma de agir em relação à coisa pública.

Neste sentido, como já destacado, embora não tenha sido instaurado procedimento disciplinar, o Diretor Executivo da DECOT comunicou o réu sobre a gravidade da violação de dever funcional, considerando que *“empregados que exercem funções gerenciais têm a responsabilidade de influenciar, através de suas condutas, as equipes a eles subordinadas e sob sua orientação quanto à correta e adequada execução de serviços”*. Tal posicionamento revela o efeito mais grave ainda da conduta, considerado o fato de que era de conhecimento geral, inclusive daqueles que apuraram as irregularidades, que o réu era irmão do Superintendente Nacional da CEF e depois Vice-Presidente, à época dos fatos, tornando, assim, mais exigível conduta exemplar e mais reprovável qualquer expediente que pudesse denotar uso pessoal da condição para favorecimento próprio.

Assim, encontram-se devidamente configurados, no caso, atos de improbidade administrativa praticados por CARLOS AFONSO PALOMERO, conforme previsto nos artigos 9º, *caput* e XII, 10, *caput*, e 11, VI, da Lei 8.429/1992, a ensejar a parcial reforma da sentença para, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e os critérios de dosimetria da pena, nos termos do artigo 12 da LIA, arbitrar multa civil de duas vezes o valor da remuneração percebida pelo réu à época dos fatos.

Ainda, considerados o grau de reprovabilidade das condutas praticadas e a necessidade de manter o réu afastado do trato da coisa pública, afigura-se igualmente cabível a aplicação cumulativa da suspensão dos direitos políticos pelo período de quatro anos e da proibição de contratar com o poder público ou de 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 quatro anos.

Em relação ao pedido de indenização por danos morais coletivos, cumpre registrar que a pretensão encontra respaldo nos artigos 5º, V e X, da CF e 1º, IV, da Lei 7.347/1985 e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, aponta a jurisprudência ser cabível o reconhecimento de danos morais coletivos, quando provado que os atos ímprobos tenham causado desprestígio dos serviços públicos, gerando insegurança e incredulidade dos cidadãos nos órgãos da Administração Pública, ao perder a respeitabilidade perante a coletividade, sobretudo, como no caso, em que a instituição financeira, pelas razões declinadas, sequer procedeu à devida e efetiva apuração administrativa da responsabilidade do réu.

Neste sentido:

REsp 1.940.837, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13/12/2021: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SEGUROS PELA INFRAERO. SUPOSTO FAVORECIMENTO DE CORRETORAS. INDÍCIOS DE IMPROBIDADE RECONHECIDOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. *RECONHECIMENTO DE DANO MORAL COLETIVO EM AÇÃO POR IMPROBIDADE. POSSIBILIDADE*. HISTÓRICO DA DEMANDA. ... DANO MORAL COLETIVO: INEXATIDÃO DE ALEGAÇÃO FEITA EM SUSTENTAÇÃO ORAL NO STJ 10. Pedi Vista-Regimental diante de afirmação peremptória do ilustre Advogado, feita da tribuna, por ocasião de Sustentação Oral no STJ. Ao contrário do alegado, na Petição Inicial o Ministério Público desenvolveu tópico específico acerca do dano moral coletivo a partir da fl. 143, e-STJ, ao final sustentando: "O valor da indenização do dano moral sofrido pela população em virtude de prática ímproba dos agentes públicos deve ser suficiente para desestimular novas práticas ilícitas e para possibilitar que o poder público implemente atividades paralelas que possam contornar o ilícito praticado e recompor a paz social" (fl. 145, e-STJ). 11. No pedido, o autor pugnou pela aplicação das "penas" previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 (fl. 147, e-STJ). Embora o ressarcimento, inclusive por dano moral, não seja precisamente uma pena, o dispositivo invocado alude à obrigação de ressarcimento, ficando claro, assim, que houve pedido de condenação à reparação por dano moral coletivo. Consoante o artigo 322, § 2º, do CPC: "A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé". 12. De resto, como bem observou o Juízo a quo, a análise da procedência desse pedido seria nesse momento prematura, pois "dependeria de uma análise acerca natureza do bem imediatamente lesado pelo agente, da lesão provocada e a dimensão do impacto causado à sociedade [...]" (fl. 622, e-STJ). Na mesma direção, afirmou o Juízo de primeiro grau que a reparação por dano moral há de ser comprovada na instrução probatória (fl. 80, e-STJ). 13. Por fim, *a tese de que o eventual reconhecimento de dano moral coletivo viola o art. 12 da Lei 8.429/1992 contraria a jurisprudência do STJ. Nesse sentido: "a jurisprudência desta Corte Superior tem se consolidado acerca da possibilidade de se buscar em ação civil*

*pública por ato de improbidade administrativa a indenização por danos morais na defesa de interesse difuso ou coletivo. Precedentes: AgInt no AREsp 1.129.965/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18.6.2018; REsp 1.666.454/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.6.2017; AgRg no REsp 1.003.126/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10.5.2011; REsp 1.681.245/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.9.2017 (EDv nos EAREsp 478.386/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 24.2.2021). CONCLUSÃO 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.”*

EDv nos EAREsp 478.386, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 24/2/2021: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. CABÍVEL A EVENTUAL CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS COLETIVOS NAS AÇÕES EM QUE SE DISCUTAM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DESDE QUE CONFIGURADOS OS SEUS RESPECTIVOS REQUISITOS. I - No acórdão embargado, proferido pela Primeira Turma desta Corte, decidiu-se que “do eventual dano decorrente de ato de improbidade administrativa não decorre dano coletivo previsto no art. 81 da Lei n. 8.078/1990”. II - Por sua vez, no acórdão paradigma, Resp n. 960.926/MG, proferido pela Segunda Turma desta Corte, decidiu-se que “não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa”. III - Consta, ainda, no inteiro teor do acórdão paradigma, que “há de se entender presente o cabimento de pedido de condenação por dano moral no âmbito de ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público, pois a Lei de Ação Civil Pública sustenta tal pedido como direito coletivo”. IV - Caracterizada a divergência, constata-se que a jurisprudência desta Corte Superior tem se consolidado acerca da possibilidade de se buscar em ação civil pública por ato de improbidade administrativa a indenização por danos morais na defesa de interesse difuso ou coletivo. Precedentes: AgInt no AREsp 1129965/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/6/2018, DJe 18/6/2018; REsp 1666454/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017; AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 10/05/2011; REsp 1681245/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 12/09/2017. V - *Deve prevalecer, assim, o entendimento do acórdão paradigma, segundo o qual o pedido e a eventual condenação em danos morais coletivos são plenamente cabíveis nas ações em que se discutam atos de improbidade administrativa, desde que configurados os seus respectivos requisitos.* VI - Embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público do Distrito Federal conhecidos e providos.”

REsp 1.666.454, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 30/6/2017: “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 17, §§ 8º E 9º. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO VESTIBULAR PARA PROCESSAMENTO DA DEMANDA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. BROCARDO IN DUBIO PRO SOCIETATE. AUSENTE A OFENSA AO ART. 535 DO CPC. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ELEMENTO SUBJETIVO E NEXO DE CAUSALIDADE SUFICIENTEMENTE BEM NARRADOS. AUSÊNCIA DE INÉPCIA. JUSTA CAUSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÕES DA SEGUNDA TURMA EM CASOS IDÊNTICOS. INTRODUÇÃO. ... DA ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. 10. Os recorrentes alegam ofensa aos arts. 512, 515 e 522 do CPC (julgamento ultra petita). Afirmam que o acórdão não compreendeu a real abrangência

da alegação de descabimento da Ação Civil Pública para reparação de danos à coletividade. Verifico que, a despeito do oferecimento de Embargos, os dispositivos não foram prequestionados (Súmula 211/STJ) porquanto impertinentes e sem comando suficiente para alterar a decisão recorrida. É questionável a tese do desbordamento dos limites objetivos da demanda amparada na utilização de fundamento que, aos olhos das recorrentes, é incompatível com a solução fixada no acórdão recorrido, porquanto o objeto do processo é revelado essencialmente pelo pedido. 11. Apesar de afirmar que não foi questionada, no agravo manejado, a veiculação de pedidos de dano moral coletivo, basta uma simples leitura da peça de interposição para verificar argumentação nesse sentido (fls. 11, 17, 18 e 19 da petição de interposição do recurso). 12. A questão suscitada guarda relação com a alegação de error in iudicando, *em contrariedade a precedentes do STJ no sentido de que há interesse de agir (adequação) no ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Parquet para a obtenção de indenização por danos morais coletivos, sem mais divagações sobre o destinatário da reparação (AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/5/2011). Cito acórdão relatado pelo eminente Ministro Castro Meira, no qual se afirma que "não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal"* (REsp 960.926/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1/4/2008). ...

19. O pedido de dano moral é apenas um entre aqueles deduzidos na exordial, ao qual se somam a restituição aos cofres públicos de valores despendidos, a suspensão de direitos políticos, o pagamento de multa, a proibição de contratação com o Poder Público, todos eles consentâneos com a causa de pedir e com a LIA. ..."

Portanto, configurado, na espécie, dano moral coletivo, e consideradas as peculiaridades do caso concreto e o grau de reprovação das condutas, fixa-se indenização de vinte mil reais, destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, na forma do artigo 13 da LACP .

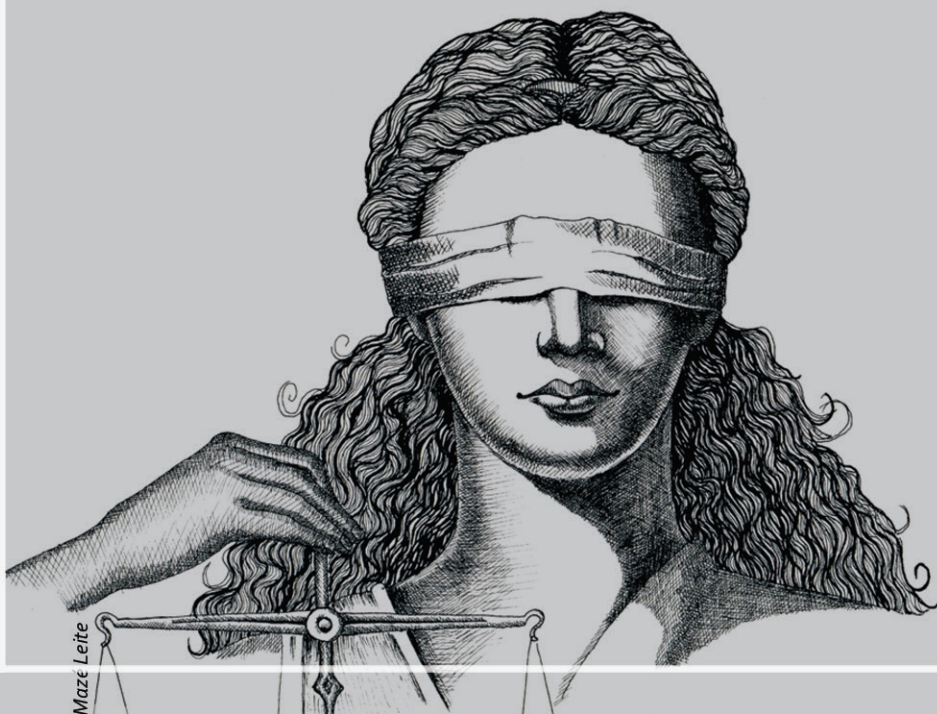
Sobre as sanções pecuniárias impostas ao réu devem incidir juros de mora e correção monetária, a partir da data dos fatos (Súmula 54/STJ), observados os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, conforme jurisprudência da Turma (AC 0004030-68.2014.4.03.6111, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 21/07/2017).

Ante o exposto, nego provimento à apelação do réu e dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial, tida por submetida, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.



# **Direito Penal**







## **APELAÇÃO CRIMINAL**

### **0002148-97.2012.4.03.6125**

Apelantes: DIEGO ROBSON ANTONIETTI, RAFAEL SANCHES BERTOCHÉ  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/11/2022

### **EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 273, §1º-B, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS ESTRANGEIROS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA COMPETENTE. PRELIMINARES INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E INÉPCIA DA INICIAL AFASTADAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO. REPRISTINAÇÃO DA NORMA ANTERIOR. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/1995. CONVERSÃO EM DILIGÊNCIAS. REMESSA AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

- Da alegada incompetência da Justiça Federal. No caso da apreensão de medicamentos de procedência estrangeira e sem registro na ANVISA, configurando a figura típica do artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal, de acordo com entendimento firmado pelas Cortes Superiores, havendo indícios de internacionalidade da substância, a competência para julgamento do delito será da Justiça Federal, caso contrário, a competência será da Justiça Estadual. *In casu*, além da origem estrangeira dos medicamentos apreendidos, constata-se que os réus transportavam grande quantidade de mercadorias procedentes do Paraguai (especialmente equipamentos eletrônicos e brinquedos), admitindo que adquiram os produtos em citado país. Transnacionalidade configurada. Preliminar rechaçada.

- Da alegada inépcia da inicial em razão da ausência de individualização das condutas. De acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal, são requisitos da inicial acusatória (seja ela denúncia, em sede de ação penal pública, seja ela queixa-crime, em sede de ação penal privada): a exposição do fato criminoso (o que inclui a descrição de todas as circunstâncias pertinentes), a qualificação do acusado (ou dos acusados) ou os esclarecimentos pelos quais se faça possível identificá-lo(s), a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando tal prova se fizer necessária). Infundadas as alegações da defesa, pois a denúncia ofertada nesta relação processual permite inferir, cabal e corretamente, quais imputações são impingidas a cada um dos corréus, além de possibilitar a efetiva compreensão da questão de fundo (com todas as peculiaridades que este feito contém), ressaltando que os réus estavam no interior do veículo FIAT/UNO, cor branca, placas FEH 1228, Campinas-SP, onde foi localizado grande quantidade de produtos destinados a fins medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (Anvisa), que haviam importado irregularmente do Paraguai. Preliminar afastada.

- Na data de 24.03.2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 979.962, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, relacionado ao Tema nº 1.003 da Repercussão Geral do STF, firmou a seguinte tese: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 - reclusão de 10 a 15 anos - à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária - reclusão de um a três anos e multa.
- Com a repristinação do preceito secundário da norma que vigia anteriormente à norma penal mais gravosa (Lei n.º 9.677, de 02.07.1998), no caso concreto, a pena prevista para o delito praticado pelo réu (artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal) é de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão e multa.
- Como a pena mínima é de 01 (um) ano de reclusão, configurando, portanto, crime de menor potencial ofensivo, e sendo o réu primário, mostra-se de rigor que, antes de proferir decreto condenatório definitivo, seja oportunizada a manifestação do Ministério Público Federal sobre o eventual cabimento dos benefícios despenalizadores previstos na Lei Federal nº 9.099/1995.
- Nesse sentido, diversos precedentes, inclusive das C. Cortes Superiores, já se manifestaram para declarar a nulidade das sentenças que, ao mudar a classificação jurídica da denúncia ou absolver parcialmente o réu da imputação inicialmente prevista, deixaram de dar vista dos autos ao Ministério Público Federal passando diretamente à condenação e dosimetria da pena de delitos que, em tese, fazem jus aos benefícios da Lei nº 9.099/1995.
- Matéria preliminar rejeitada e suspenso o julgamento das razões do apelo, convertendo em diligências, para remeter os autos ao r. juízo de origem, com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal, para que se manifeste acerca da eventual possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo acerca do delito remanescente (artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal). Caso frustrada a tentativa de efetiva suspensão condicional do processo, o juízo deverá remeter os autos a este Tribunal para que haja o julgamento do recurso.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por maioria, decidiu REJEITAR a matéria preliminar, e SUSPENDER o julgamento das razões do apelo, convertendo-se o julgamento em diligências para determinar a remessa dos autos ao r. juízo de origem, com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal, para que se manifeste acerca da eventual possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo acerca do delito imputado aos réus (artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal), nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo DES. FED. NINO TOLDO,

vencido o DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI que anulava a sentença condenatória, e determinava a remessa dos autos à origem, de maneira a possibilitar análise fundamentada acerca de eventual proposta de suspensão condicional do processo por parte do órgão ministerial ali oficiante, devendo, em caso negativo, ser prolatada nova sentença, e restando prejudicada a análise do restante do recurso defensivo., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

### O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de ação penal movida pelo Ministério Público Federal em face de DIEGO ROBSON ANTONIETTI, nascido em 25.03.1983, RAFAEL SANCHES BERTOCHE, nascido em 02.03.1982, e ADALBERTO MOREIRA DOS SANTOS, nascido em 19.07.1985, como incursos no artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal.

Narra a denúncia (ID 158711656 – fls. 03/06), recebida em 13.11.2013 (ID 158711656 – fls. 08/10):

Segundo consta dos inclusos autos de inquérito policial, no dia 28 de novembro de 2011, por volta das 16 horas, na rodovia BR 153, Km 338, os denunciados DIEGO ROBSON ANTONIETTI, RAFAEL SANCHES BERTOCHE e ADALBERTO MOREIRA DOS SANTOS foram surpreendidos quando, agindo em comunhão de propósitos, transportavam, no interior do veículo FIAT/UNO, cor branca, placas FEH 1228, Campinas-SP, grande quantidade de produtos destinados a fins medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (Anvisa), que haviam importado irregularmente do Paraguai. Segundo se apurou, policiais rodoviários efetuavam patrulhamento de rotina quando abordaram o veículo conduzido pelo denunciado DIEGO, tendo como passageiros RAFAEL SANCHES e ADALBERTO MOREIRA. Os milicianos notaram que o veículo estava carregado com equipamentos eletrônicos e brinquedos e, diante da demonstração de nervosismo dos denunciados, os questionaram acerca da existência de anabolizantes no interior do veículo. Diante da confirmação dos réus, os policiais averiguaram o porta-malas do veículo e lograram encontrar, dentro de potes de suplemento alimentar, produtos farmacêuticos de comercialização proibida dentre eles 30 (trinta) frascos contendo 100 (cem) comprimidos de metandrostenolona; 20 (vinte) ampolas de 15ml de stanozolol 50mg/ml; 03 (três) embalagens de 388g de mesomorph (óleo de extrato de gerânio); 400 (quatrocentos) comprimidos de oximetolona 50mg; 500 (quinhentos) comprimidos de pramil; 20 (vinte) ampolas de 30ml de stanozolol 50mg/ml; 30 (trinta) ampolas de enantato de testosterona 250mg/ml; 70 (setenta) ampolas de 1ml de duratestoland (saís de testosterona); 75 ampolas de 5ml de liposbatil; 03(três) ampolas de 20ml de stanozolol 50mg/ml; 05 (cinco) frascos contendo 100 comprimidos de oxandrolona 5mg; 10 (dez) ampolas de testogar (propionato de testosterona) 200mg/ml e 50 (cinquenta) frascos contendo 100 (cem) comprimidos de stanozolol 10mg. Apurou-se que os denunciados adquiriram os medicamentos em questão no Paraguai, tendo-os introduzido clandestinamente no território nacional, e pretendiam leva-los até Campinas, SP. De registrar-se que, conforme os laudos periciais de fls. 128/142 e 145/148, nenhum dos produtos farmacêuticos analisados possui registros junto à ANVISA, conforme exigido pelos artigos 12 da Lei 6360/76, 70, VIII e IX, e 8º, §1º, I, ambos da Lei 9782/99. A

materialidade delitiva encontra-se consubstanciada pelo auto de apreensão de fls. 24/27 e pelos laudos periciais de fls. 128/142 e 145/148. No mesmo viés, resta comprovada a autoria delitiva do fato, que está alicerçada nas provas materiais e testemunhais produzidas no inquérito, deixando patente a responsabilidade penal dos denunciados.

Sentença de parcial procedência da pretensão punitiva estatal (ID 158711374 – fls. 05/30), proferida na data de 26.03.2019, e publicada em 27.03.2019, pela Exma. Juíza Federal Carolina Castro Costa Viegas, da 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP, para:

Condenar o réu DIEGO ROBSON ANTONIETTI pela prática do crime do artigo 273, §1º e 1º-B, inciso I, do Código Penal, a pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 388 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente na data dos fatos, em regime inicial ABERTO. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das execuções penais, e prestação pecuniária, no valor de 11 (onze) salários-mínimos vigentes na data do pagamento, revertida em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

Condenar o réu RAFAEL SANCHES BERTOCHE pela prática do crime do artigo 273, §1º e 1º-B, inciso I, do Código Penal, a pena de 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 339 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente na data dos fatos, em regime inicial ABERTO. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das execuções penais, prestação pecuniária, no valor de 11 (onze) salários-mínimos vigentes na data do pagamento, revertida em favor de entidade pública ou privada com destinação social.

Absolver o réu ADALBERTO MOREIRA DOS SANTOS do delito imputado na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso VII (*não existir prova suficiente para condenação*), do Código de Processo Penal.

Os réus DIEGO ROBSON ANTONIETTI e RAFAEL SANCHES BERTOCHE apelaram (ID 158711374 – fls. 81/95), conjuntamente, alegando, preliminarmente, incompetência da Justiça Federal para julgamento do feito, por ausência de comprovação da transnacionalidade da conduta, e inépcia da inicial acusatória, que não indicou precisamente a conduta do corréu DIEGO ROBSON ANTONIETTI. No mérito, pleiteiam absolvição por atipicidade da conduta, eis que não importaram os medicamentos, e/ou a desclassificação do crime para a modalidade culposa. Subsidiariamente, requerem a aplicação do preceito secundário do artigo 334 do Código Penal ou a incidência da causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006) em seu patamar máximo.

Contrarrazões de Apelação apresentada pelo órgão ministerial (ID 158711374 - fls. 97/120).

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República emitiu parecer pelo desprovimento da Apelação da defesa (ID 158711374 - fls. 123/136).

É o relatório.

À revisão.

**VOTO**

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Os réus DIEGO ROBSON ANTONIETTI e RAFAEL SANCHES BERTOCHE foram condenados pela prática do crime do artigo 273, §1º e §1º-B, inciso I, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

De acordo com a denúncia, na data de 28.11.2011, em fiscalização realizada Polícia Rodoviária Federal, os réus DIEGO ROBSON ANTONIETTI, RAFAEL SANCHES BERTOCHE e ADALBERTO MOREIRA DOS SANTOS foram surpreendidos transportando, no interior do veículo FIAT/UNO, cor branca, placas FEH 1228, Campinas-SP, grande quantidade de produtos destinados a fins medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (Anvisa), que haviam importado irregularmente do Paraguai.

**DA ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL**

A defesa alega incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, pela ausência de comprovação de transnacionalidade da conduta, pois os medicamentos foram adquiridos e transportados em solo nacional.

Definido no artigo 109 da Constituição Federal de 1988, é competência dos juízes federais o julgamento de infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (inciso IV).

No caso da apreensão de medicamentos de procedência estrangeira e sem registro na ANVISA, configurando a figura típica do artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal, de acordo com entendimento firmado pelas Cortes Superiores, havendo indícios de internacionalidade da substância, a competência para julgamento do delito será da Justiça Federal, caso contrário, a competência será da Justiça Estadual.

Nestes termos, destaco os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 273, § 1º E § 1º, B, I E V, DO CP. DEPÓSITO DE MEDICAMENTOS DE USO PROIBIDO E CONTROLADO. ART. 16, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI N. 10.826/2003. POSSE DE ARMAS, MUNIÇÕES E ARTEFATOS DE USO RESTRITO. DENÚNCIA QUE NARRA TER O ACUSADO ADQUIRIDO AS MERCADORIAS NO PARAGUAI. DELITOS. CARÁTER TRANSNACIONAL EVIDENCIADO. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO PELA JUSTIÇA ESTADUAL. NULIDADE ABSOLUTA. DELITOS PRATICADOS



EM CONEXÃO COM CRIME DE MOEDA FALSA. DESMEMBRAMENTO EM RELAÇÃO A ESTE ÚLTIMO. DESNECESSIDADE. JUÍZO COMPETENTE. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. OBSERVÂNCIA. 1. A mera procedência estrangeira dos medicamentos de uso proibido ou controlado tidos em depósito para venda não justifica o deslocamento da competência para a Justiça Federal, salvo se houver indícios de participação do acusado na introdução dessas mercadorias no país. Precedentes da Terceira Seção. 2. Se a denúncia imputa ao acusado a conduta de ter em depósito para a venda medicamentos proibidos e de uso controlado e narra que, a partir de interceptações telefônicas, constatou-se ter ele viajado ao Paraguai para adquirir tais mercadorias, está evidenciado o caráter transnacional do delito, ficando estabelecida a competência absoluta da Justiça Federal. 3. Situação concreta em que a sentença e o acórdão da apelação entenderam, ainda, estar comprovado ter o recorrente feito a aquisição dos medicamentos no território paraguaio. 4. A peça acusatória, que também imputou ao recorrente a prática dos crimes do art. 16, caput, e parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003, descreve que a sua viagem ao Paraguai igualmente teve como objetivo a compra de armas e munições, o que de igual forma estabelece a competência federal para o processamento e julgamento da ação penal. 5. A denúncia menciona a existência de outro delito conexo, também de competência federal pois, na residência do recorrente houve também a apreensão de cédulas de real falsas, junto com os medicamentos, armas e munições. Em relação a esse delito, houve a correta observância das regras de competência, com a remessa do processo à Justiça Federal, após desmembramento. 6. Hipótese em que sequer havia necessidade de que fosse desmembrado o feito, mas deveria ter sido remetido integralmente ao Juízo Federal, dado ser este competente para apreciar todos os delitos que foram imputados ao recorrente na peça acusatória, pela incidência, também, da Súmula 122/STJ. 7. Prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso especial. 8. Pela vedação à reformatio in pejus indireta, não obstante a anulação do processo *ab initio*, fica preservada a absolvição do recorrente quanto ao crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como, caso eventualmente haja condenação pelo Juízo competente em relação aos demais delitos, deverá ser observado o patamar das penas impostas na condenação ora anulada, pois seu quantum se encontrava transitado em julgado para a acusação. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reconhecer a incompetência absoluta da Justiça estadual e anular o processo desde o oferecimento da denúncia, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal, devendo ser observada pelo Juízo competente a vedação à reformatio in pejus indireta, na forma delineada no voto. (STJ. REsp. 1602393, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 15.08.2017, DJE: 24.08.2017)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO PREVISTO NO ART. 273, §§ 1º E 1º-B, INCISOS I E V, DO CÓDIGO PENAL. APREENSÃO DE MEDICAMENTOS DE ORIGEM ESTRANGEIRA SEM REGISTRO, OU DE PROCEDÊNCIA DESCONHECIDA. INTERNACIONALIDADE DA CONDUTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FIRMADA. NOVA VERSÃO DOS FATOS NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO FÁTICA QUE GERE O DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO. 1. Trata-se de denúncia pela prática do crime previsto no art. 273, §§1º e 1º-B, incisos I e V; do Código Penal, tendo sido declarada a incompetência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, ante a ausência de elementos indicativos da transnacionalidade da conduta perpetrada pelo denunciado. 2. No início do feito,

o Ministério Público pugnou pelo encaminhamento do inquérito à esfera federal, por entender ter sido evidenciado o caráter transnacional do delito. 3. Réu que afirmou aos policiais no momento da apreensão e no interrogatório policial ter adquirido os produtos apreendidos no Paraguai, e depois alterou a versão dos fatos, sustentando ter adquirido os produtos pela internet, o que não foi demonstrado. 4. A competência para processar e julgar o crime do art. 273 do Código Penal, em princípio, é da Justiça Estadual, sendo a Justiça Federal competente quando houver indícios da internacionalidade do delito demonstrada pelo contexto fático, o que ocorre no caso em exame. 5. Não há lastro probatório que alicerce a nova versão dos fatos apresentada pelo réu na fase judicial, no sentido de que teria adquirido os produtos pela internet. 6. Ausente modificação fática apta a ensejar o declínio da competência para a Justiça Estadual, dou provimento ao recurso em sentido estrito, para que a tramitação dos presentes autos permaneça na Justiça Federal. (TRF3, RESE n.º 0001295-31.2016.4.03.6131 – Relator Desembargador Federal José Lunardelli, 11ª Turma, julgado em 30.01.2020, e-DJF3 Judicial: 13.02.2020)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 273, §§ 1º, 1º-A E 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Os réus foram flagrados transportando 70 (setenta) cartelas, com 20 (vinte) comprimidos cada, que exibiam, dentre outros, os impressos “Pramil/Sildenafil 50 mg”, e com 5 (cinco) cartelas, com 10 (dez) comprimidos cada, que exibiam, dentre outros, os impressos “Cytotec 200 mcg compressa” e “Misoprostol”. Os remédios apreendidos, sem registro na ANVISA, são de comercialização, importação e distribuição ao uso proibidos no Brasil e sua importação é conduta típica, prevista no art. 273, §§ 1º, 1º-A e 1º-B, I, do Código Penal. 2. Conforme jurisprudência do STJ, havendo indícios de internacionalidade da substância, competirá à Justiça Federal o processamento e o julgamento do delito previsto no art. 273, § 1ºB, incisos I e V, do Código Penal. 3. A jurisprudência tem admitido que, ante pequena quantidade de medicamentos e da indicação de que a finalidade do agente seria o consumo próprio, a pena em eventual condenação seria desproporcional. Esse entendimento exposto, no entanto, não se aplica ao caso em exame, em que a natureza e a quantidade dos medicamentos importados denotam a intenção de comercializá-los. 4. Materialidade, autoria e dolo comprovados pelo conjunto fático-probatório carreado aos autos. 5. Dosimetria da pena. Em consonância com a ideia (e princípio) de segurança jurídica, à teoria dos precedentes judiciais e aos princípios da isonomia, razoabilidade, economia processual e duração razoável do processo, verificou-se ser o caso de aplicação do preceito secundário da Lei de Drogas para o crime de tráfico: art. 33 da Lei nº 11.343/2006. 6. Ainda em relação à pena aplicável, a Quarta Seção desta Corte, ao julgar os Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001912-51.2007.4.03.6116/SP, decidiu, por maioria de votos, tendo eu sido um dos vencidos, aplicar tanto a majorante do art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 quanto a minorante do art. 33, § 4º, dessa mesma Lei. 7. Apelações parcialmente provida e não provida (TRF3, Ap. Criminal n.º 0003892-21.2011.4.03.6107 – Relator Desembargador Federal Nino Toldo, 11ª Turma, julgado em 10.04.2018, e-DJF3 Judicial: 23.04.2018).

No caso concreto, além da origem estrangeira dos medicamentos apreendidos, constata-se que os réus transportavam grande quantidade de mercadorias

procedentes do Paraguai (especialmente equipamentos eletrônicos e brinquedos), admitindo que adquiram os produtos em citado país.

No mais, conforme bem fundamentado em sentença, *mesmo que os réus tivessem recebido os produtos em Foz do Iguaçu-PR, cidade fronteiriça com o Paraguai, sabiam da origem estrangeira e irregular dos medicamentos, o que basta à configuração da transnacionalidade.*

De forma que, comprovada a importação ou, ao menos, a ciência da indevida importação de medicamentos sem registro na ANVISA pelos réus, resta rechaçado o pleito da defesa.

#### PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

A defesa aduz, ainda, inépcia da inicial acusatória, que não indicou precisamente a conduta do corréu DIEGO ROBSON ANTONIETTI.

Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, serem requisitos da inicial acusatória (seja ela denúncia, em sede de ação penal pública, seja ela queixa-crime, em sede de ação penal privada) a exposição do fato criminoso (o que inclui a descrição de todas as circunstâncias pertinentes), a qualificação do acusado (ou dos acusados) ou os esclarecimentos pelos quais se faça possível identificá-lo(s), a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando tal prova se fizer necessária) - a propósito: *A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

Cumpra salientar que a consequência imposta pelo ordenamento jurídico à peça acusatória que não cumpre os elementos anteriormente descritos encontra-se prevista no art. 395 também do Diploma Processual Penal, consistente em sua rejeição (*A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal*).

A jurisprudência de nossos C. Tribunais Superiores se mostra pacífica no sentido de que, tendo os ditames insculpidos no art. 41 do Código de Processo Penal, sido respeitados pela denúncia ou pela queixa, impossível o reconhecimento da inépcia - a propósito:

‘RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INÉPCIA DA INICIAL. SURSIS PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não se verifica supressão de instância na análise, pelo Tribunal do Estado, de matéria já abordada pelo juízo de primeiro grau. 2. *É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação do crime, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa.* 3. As disposições veiculadas na Lei nº 10.259/01 não alteraram o patamar do sursis processual, que continua sendo disciplinado pelos preceitos inscritos no art. 89 da Lei nº 9.099. 4. Recurso ordinário improvido (STJ, RHC 28.236/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015) - destaque nosso.

Infundadas as alegações da defesa, pois a denúncia ofertada nesta relação processual permite inferir, cabal e corretamente, quais imputações são impingidas a cada um dos corréus, além de possibilitar a efetiva compreensão da questão de fundo (com todas as peculiaridades que este feito contém), ressaltando que os réus estavam no interior do veículo FIAT/UNO, cor branca, placas FEH 1228, Campinas-SP, onde foi localizado grande quantidade de produtos destinados a fins medicinais sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (Anvisa), que haviam importado irregularmente do Paraguai.

Destaca-se, por fim, que, nos termos do entendimento sufragado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ocorre a preclusão da tese de inépcia da denúncia quando ocorre a sobrevinda de sentença penal condenatória que apreciou preliminar de inépcia e a refutou (como no caso dos autos), conforme é possível ser aferido do julgado que segue:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO DA TESE DE DEFESA, ANTE A SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. Com a superveniência de sentença condenatória - que considerou apta a denúncia e as provas suficientes para a condenação - resta superada a alegação de inépcia da denúncia, que não teria descrito, suficientemente, o fato delituoso e todas as suas circunstâncias, quanto ao ora paciente. II. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, a análise da alegação de insuficiência de provas, para a condenação dos pacientes, não pode ser feita na via estreita do writ, eis que demanda reexame minucioso de matéria fático-probatória, insuscetível de ser realizado, em sede de *habeas corpus*. III. Agravo Regimental desprovido (AgRg no HC 190.234/RS, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/05/2014) - destaque nosso.

De forma que resta afastado o pleito da defesa.

#### MÉRITO

Nos termos do Laudo de Perícia Criminal – Química Forense (ID 158711887 – fls. 149/164 e 169/172), da análise dos produtos importados pelos réus não se constatou tratarem de produtos falsificados, corrompidos, adulterados ou alterados (tendo sido encontrado nos produtos as substâncias químicas descritas nos rótulos), destacando que referidos medicamentos, contudo, não possuem registro junto à ANVISA, sendo, portanto, de importação e comercialização proibidas em território nacional, de forma que citados réus foram condenados pela prática do crime do artigo 273, §1º e §1º-B, inciso I, do Código Penal.

Há que se ressaltar que, na data de 24.03.2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 979.962, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, relacionado ao Tema nº 1.003 da Repercussão Geral do STF, firmou a seguinte tese:

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 - reclusão de 10 a 15 anos - à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação

de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária - reclusão de um a três anos e multa.

Com efeito vinculante, nos termos do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, citado enunciado *incorpora-se ao ordenamento como norma jurídica, a ser aplicada por todos os órgãos do Poder Judiciário*.

Com a repristinação do preceito secundário da norma que vigia anteriormente à norma penal mais gravosa (Lei n.º 9.677, de 02.07.1998), no caso concreto, a pena prevista para o delito praticado pelos réus (artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal) é de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão e multa.

#### **DO OFERECIMENTO DOS BENEFÍCIOS DESPENALIZADORES DA LEI Nº 9.099/1995**

Como a pena mínima é de 01 (um) ano de reclusão, configurando, portanto, crime de menor potencial ofensivo, e sendo os réus DIEGO ROBSON ANTONIETTI e RAFAEL SANCHES BERTOCHE primários, de acordo com folhas de antecedentes criminais juntadas aos autos (ID 158711656 – fls. 49/69), mostra-se de rigor que, antes de proferir decreto condenatório definitivo, seja oportunizada a manifestação do Ministério Público Federal sobre o eventual cabimento dos benefícios despenalizadores previstos na Lei Federal nº 9.099/1995.

Nesse sentido, diversos precedentes, inclusive das C. Cortes Superiores, já se manifestaram para declarar a nulidade das sentenças que, ao mudar a classificação jurídica da denúncia ou absolver parcialmente o réu da imputação inicialmente prevista, deixaram de dar vista dos autos ao Ministério Público Federal passando diretamente à condenação e dosimetria da pena de delitos que, em tese, fazem *jus* aos benefícios da Lei nº 9.099/1995. Veja-se, *in verbis*:

**HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.** A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo penal.

**FAVORECIMENTO REAL E QUADRILHA. CONCURSO MATERIAL. DELITOS CUJAS PENAS ULTRAPASSAM OS LIMITES PREVISTOS NA LEI 9.099/1995. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL OU DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. QUANDO DEFLAGRADA A AÇÃO PENAL. ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DO SUPERIOR DE JUSTIÇA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.**

1. Nos termos do enunciado 243 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, 'o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano'.

2. O mesmo entendimento é aplicável à transação penal, que não pode ser ofertada aos acusados de crimes cuja pena máxima, considerado o concurso mate-



rial, ultrapasse 2 (dois) anos, limite para que se considere a infração de menor potencial ofensivo. Precedente.

3. No caso dos autos, a paciente foi denunciada pela prática dos delitos previstos nos 349-A e 288 do Código penal, em concurso material, cujas penas máximas são, respectivamente, de 1 (um) ano de detenção e de 3 (três) anos de reclusão, as quais, somadas, ultrapassam os limites previstos na Lei 9.099/1995, o que demonstra que, quando iniciada a ação penal em apreço, não fazia jus aos benefícios da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

**SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA ABSOLVENDO A ACUSADA DO DELITO DE QUADRILHA. SUBSISTÊNCIA DE CRIME QUE PERMITE A APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE ABERTURA DE VISTA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SE MANIFESTAR SOBRE A QUESTÃO. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.**

*Este Sodalício possui entendimento consolidado no sentido de que absolvido o réu de parte das imputações que lhe foram feitas, e sendo cabível o oferecimento dos benefícios previstos na Lei 9.099/1995 quanto aos ilícitos remanescentes, cumpre ao magistrado abrir vista dos autos ao Ministério Público a fim de que sobre eles se manifeste. Enunciado 337 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Não tendo o togado sentenciante remetido os autos ao órgão ministerial a fim de que se pronunciasse sobre a possibilidade de propositura dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995 à paciente, afastando-a de pronto e passando à dosimetria da pena, constata-se a nulidade do feito.*

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, mantida a absolvição da paciente quanto ao delito de quadrilha, oportunizar ao Ministério Público que se manifeste sobre a possibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo à paciente.

(HC 309.975/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015- destaque nosso)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Wander Gonçalves Mota, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que negou provimento ao Agravo Regimental nos autos do Agravo em Recurso Especial 904.165/MG. Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos descritos nos artigos 28 e 37 da Lei 11.343/2006 à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos; bem como à medida educativa de comparecimento a programa ou cursos educativos, pelo prazo de 6 meses. Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no Tribunal de Justiça mineiro, postulando, em suma, a absolvição pelo crime previsto no artigo 37 da Lei de Drogas por atipicidade da conduta. Alternativamente, pugnou pelo reconhecimento da confissão espontânea em relação ao delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal, bem como pela redução da medida educativa aplicada ao réu. O recurso foi parcialmente provido para absolver o réu do delito descrito no artigo 37 da Lei de Drogas por falta de provas, bem como para, em relação ao crime de posse de entorpecentes para consumo pessoal, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e assim reduzir a pena imposta ao apelante, concretizando-a em comparecimento a programa ou curso educativo pelo prazo de 2 meses. Eis a ementa desse julgado: APELAÇÃO CRIMINAL COLABORAÇÃO COM GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO DESTINADOS AO TRÁFICO ILÍ-



CITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES PROVA INSUFICIENTE ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS CONDENÇÃO MANTIDA REPRIMENDA EXAR-CERBADA REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. 01. Inexistindo prova segura de que o réu colaborava, como informante, com grupo, organização ou associação constituídos para o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, a absolvição é medida que se impõe (art. 386, VII, do CPP). 02. Demonstradas, quantum satis, a materialidade e a autoria do crime de posse de entorpecentes para consumo pessoal, a condenação do réu, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, é medida que se impõe. 03. A sanção penal, medida de exceção, deve ser, por excelência, aquela necessária e suficiente à prevenção e reprovação do injusto, eis porque, se aplicada com exagero, há que ser adequada. (eDOC 2, p. 10) Sobreveio recurso especial, o qual foi obstado na origem. Impugnou-se a decisão por meio de agravo no Superior Tribunal de Justiça. O recurso não foi conhecido, nos termos da jurisprudência da Corte Especial. No presente writ, a DPU insiste na alegação de nulidade do feito em razão da não abertura de vista ao Ministério Público para manifestar-se acerca da transação penal. Requer, liminarmente, a suspensão da tramitação da ação penal até o julgamento final deste mandamus. Em 28.2.2018, deferi a liminar, para determinar a suspensão dos efeitos da condenação. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do pedido. (eDOC 18) É o relatório. Passo a decidir. Conforme registrei na decisão pretérita, a despeito de, originalmente, ter sido o paciente denunciado ainda por outro delito (artigo 37 da Lei de Drogas), circunstância que afastava o cabimento da suspensão em face da somatória das penas (acima do mínimo legal de 1 ano exigido pelo artigo 89 da Lei 9.099/1995), operou-se em grau de recurso a absolvição pelo segundo delito. Neste caso, o crime remanescente, quanto à pena, autorizava a proposta de suspensão do processo. Existem precedentes do próprio STJ consignando a viabilidade do oferecimento da proposta de suspensão pelo Ministério Público, conforme, dentre outros, o seguinte julgado: (...)

*O mesmo STJ acabou editando a Súmula 337 permitindo aludido benefício processual em hipótese semelhante ao destes autos: Súmula 337. STJ: é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva. Acerca da tese ministerial, segundo a qual a transação penal traria consequência mais gravosa que a sanção imposta ao paciente, verifico tratar-se de matéria afeta à sua própria deliberação. É que a Defensoria busca, através do presente writ, que seja ofertada, ao paciente, a transação penal, o que não significa que ele vá aceitá-la. E mais: até que esta Corte julgue o RE 635.659, de minha relatoria, o entendimento atual é no sentido de que não houve abolitio criminis do crime de posse de droga para uso pessoal, mas apenas sua despenalização, de modo que a condenação havida pode gerar reincidência e demais consequências processuais. Dito isso, tenho que, ao contrário do que alega a PGR, a condenação por infração ao art. 28 da Lei de Drogas pode ser mais gravosa que a aceitação da transação penal. Ante os fundamentos expostos, concedo a ordem para confirmar a liminar deferida e determinar seja ofertada ao paciente a transação penal, nos termos da Lei 9.099/95.*

Comunique-se. Publique-se. Brasília, 24 de agosto de 2018. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente

(HC 151688, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Supremo Tribunal Federal, julgado em 24/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 27/08/2018 PUBLIC 28/08/2018)

*HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PRESCRIÇÃO DE UM DOS CRIMES. CABIMENTO DO SURSIS PROCESSUAL. SÚMULA Nº 337/STJ. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. FACULDADE DO RELATOR. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público, a propósito da sua suficiência como resposta penal, excluindo, como exclui, a imposição da pena correspondente ao fato-crime. 2. Em casos tais, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo no primeiro grau de jurisdição, mas tão-só desconstituir a condenação decretada na sentença, para determinar que seja ouvido o Ministério Público sobre a proposta de suspensão do processo referida no artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Precedentes. 3. 'É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 337). 4. O incidente de uniformização de jurisprudência, à luz do exame topográfico da letra do artigo 476 do Título IX do Código de Processo Civil, não consubstancia recurso, devendo, como deve, ser suscitado previamente ao pronunciamento jurisdicional, sob pena de rematada extemporaneidade. 5. "(...) A suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e do prestígio que se deve dar a esse louvável e belo instituto." (REsp nº 3.835/PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ 29/10/90). 6. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp: 828063 GO 2006/0068285-3, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 24/05/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.09.2007 p. 321)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORNOGRAFIA INFANTIL. ACUSADO DENUNCIADO POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 241-A E 241-B DA LEI N. 8069/1990. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. POSSIBILIDADE DE SURSIS PROCESSUAL. SÚMULA 337/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REMESSA DO FEITO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

1. Nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".

2. De acordo com o enunciado n. 337, da Súmula do STJ, é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

3. *Havendo a procedência parcial da pretensão punitiva, enquadrando-se o crime entre aqueles que admitem a suspensão condicional do processo é dever do magistrado encaminhar os autos ao órgão do Ministério Público, a fim de que este avalie a possibilidade de propor o benefício despenalizador.*

4. *Em casos excepcionais, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, é possível a concessão da ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, ainda que a matéria não tenha sido devidamente prequestionada.*

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1788501/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 04/10/2019, grifei.)

*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME DE USURPAÇÃO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ART. 2º DA LEI 8.176/91. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DE OBJETO DO WRIT.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a superveniência de sentença condenatória prejudica o que tem por objeto o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, pois o juiz de primeiro grau, em sede de cognição exauriente, reputou presentes os elementos probatórios da conduta delitiva.

Precedentes.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE UM DOS DELITOS DENUNCIADOS. DECLARAÇÃO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. CRIME REMANESCENTE QUE COMPORTA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 337/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Ainda que a prescrição da pretensão punitiva em relação a um dos crimes denunciados tenha sido reconhecida no segundo grau de jurisdição, tem aplicabilidade o entendimento firmado no enunciado n. 337 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, sendo devida a análise da possibilidade de suspensão condicional do processo, caso o delito remanescente se amolde ao requisito objetivo previsto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

2. Com o advento da reforma processual levada a efeito pela Lei n. 11.719/2008, a causa extintiva da punibilidade do agente passou a ser hipótese de sua absolvição sumária, nos termos do artigo 397, inciso VI, do Código de Processo Penal, não havendo razão pela qual a sua verificação em momento posterior - seja na sentença ou no julgamento do recurso de apelação - deva receber tratamento distinto dos casos em que há prolação de um juízo de mérito absolutório.

3. *Habeas corpus* não conhecido. *Ordem concedida de ofício para anular parcialmente o julgamento do recurso de apelação, mantida a declaração de extinção da punibilidade do paciente pelo delito previsto no artigo 55 da Lei n. 9.605/98, e determinar a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para que se manifeste sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo no que diz respeito ao delito remanescente.*

(HC 367.779/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 17/02/2017)

Assim, deve ser SUSPENSO o julgamento das razões dos apelos dos réus DIEGO ROBSON ANTONIETTI e RAFAEL SANCHES BERTOCHE, convertendo-se o julgamento em diligência para remeter os autos ao r. juízo de origem, com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal, para que se manifeste quanto a eventual possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo acerca do delito imputado aos réus (artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal).

Efetuando-se a proposta de suspensão condicional do processo e aceitas suas condições, o processo deverá ser suspenso, permanecendo os autos no juízo de primeiro grau, que acompanhará o cumprimento das condições pelo período devido. Findo tal prazo e tendo sido devidamente cumpridas todas as condições, caberá ao juízo de primeiro grau extinguir a punibilidade dos réus, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95, não sendo necessário o envio dos autos a este Tribunal para esse fim.

Em caso contrário, frustrada a tentativa de efetiva suspensão condicional do processo, o juízo deverá remeter os autos a este Tribunal para que haja o julgamento das Apelações interpostas pelos réus.

#### DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *REJEITAR a matéria preliminar, e SUSPENDER o julgamento das razões do apelo*, convertendo-se o julgamento em diligências para determinar a remessa dos autos ao r. juízo de origem, com posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal, para que se manifeste acerca da eventual possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo acerca do delito imputado aos réus (artigo 273, §1º-B, inciso I, do Código Penal), nos termos do voto acima proferido.

É o voto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Pego vênia para divergir em parte do e. Relator, especificamente quanto à delimitação do dispositivo da decisão, por entender que o caso impõe a anulação da sentença de primeiro grau. O artigo 89 da Lei nº 9.099/95 prevê a possibilidade da suspensão condicional do processo para crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, uma vez presentes os requisitos do artigo 77 do Código Penal, e desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Registro que, a meu ver, a suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do acusado. Ao revés, tal instituto tem natureza jurídica de transação penal, tratando-se de questão cujo exame compete ao titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de sua aplicação em cada caso concreto. Não obstante, embora seja de sua competência tal exame, isso não implica admitir que haja discricionariedade quanto a realizar ou não tal aferição, ou quanto a fundamentar eventual negativa. Trata-se de dever-poder ministerial, que resta cumprido nas hipóteses em que a análise é expressamente realizada e consignada nos autos, seja com a oferta de suspensão condicional, seja com sua negativa juridicamente fundamentada. *Em suma: o Ministério Público tem o dever-poder de realizar análise fundamentada quanto à concessão dos benefícios do instituto previsto no art. 89 da Lei 9.099/95 nos casos em que haja possibilidade de enquadramento do caso concreto aos requisitos ali previstos (notadamente, quando o crime supostamente praticado tenha pena mínima não superior a um ano). A não realização desse mister normativamente imposto acarreta o descumprimento de dever do órgão estatal e escape a etapa procedimental necessária, nos termos da Lei.* Contudo, e como bem destacado pelo e. Relator, verifica-se que tal análise não ocorreu no caso em apreço. Ora, pacificou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de

que é cabível a aplicação do instituto despenalizador previsto na Lei nº 9.099/95 até quando o magistrado singular, ao proferir a sentença de mérito, desclassifica a conduta atribuída ao acusado na exordial acusatória para outro crime cuja pena abstratamente prevista permite a oferta de tais opções, ou quando há procedência parcial da pretensão punitiva. A consolidação desta jurisprudência inclusive cumoulou na edição da Súmula 337, cujo teor transcrevo abaixo:

“É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

Ora, se até mesmo nessas hipóteses deve ser realizada análise acerca da propositura de *sursis* processual, com maior evidência ainda deveria ter sido o órgão ministerial instado a dizer sobre a proposta no presente caso, uma vez que a suspensão condicional do processo era cabível, em tese, desde o início da *persecutio criminis*. Sendo esse o caso, constata-se o não cumprimento de etapa procedimental em concreto, qual seja, a de análise (por parte do órgão competente, com fiscalização jurisdicional nos limites legais) acerca da viabilidade de propositura da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95. Portanto, tem-se, em concreto, *error ir procedendo*, consistente na não manifestação ministerial sobre proposta de suspensão condicional do processo (ainda que tal manifestação fosse no sentido de fundamentadamente rejeitar a formulação de proposta no caso específico). Por consequência, deve haver, a meu sentir, a anulação da condenação de ofício, e a remessa dos autos ao primeiro grau, de maneira a possibilitar ao órgão ministerial análise sobre eventual proposta de suspensão condicional do processo. Afinal, o descumprimento de uma etapa necessária do processo impõe a anulação do ato decisório de primeiro grau e o refazimento de tal ato após escoimado o vício, sem possibilidade de conversão em diligência. O vício gerador de nulidade não pode ser corrigido após olvidada etapa procedimental imposta pelo ordenamento, tendo que haver, sim, a desconstituição da sentença condenatória, porquanto o processo impõe ordem metódica de realização de atos (com as exceções previstas isonomicamente no próprio ordenamento jurídico), que não pode ser subvertida ou desconsiderada sem a aplicação da consequência jurídica da nulidade do édito condenatório. Nesse sentido, trago os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional (inclusive deste órgão fracionário):

“HABEAS CORPUS. PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI N. 9.099/1995. APLICAÇÃO DA SÚMULA 337/STJ. PROVIDÊNCIA QUE IMPÕE A ANULAÇÃO DA SENTENÇA NA PARTE EM QUE CONDENOU O PACIENTE. AFASTAMENTO DO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. LAPSO CONSUMADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. *O reconhecimento, na apelação, de que o processo deveria ser remetido ao Ministério Público para que se manifestasse acerca da proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) - a qual passou a ser possível em razão da alteração da exclusão pela sentença da causa de aumento incluída na denúncia - impõe a anulação da condenação imposta em primeiro grau, e não apenas a sua suspensão.* 2. Hipótese em que o Tribunal, ao reconhecer que o Juízo de primeiro grau deveria ter aplicado a Súmula 337/STJ, apenas suspendeu os efeitos da condenação proferida na sen-



tença, de forma que voltaria a produzir efeitos caso não oferecida a proposta de suspensão pelo Parquet ou, se apresentada, não fosse aceita pelo réu. 3. A anulação da parte da sentença que condenou o paciente, remanescendo apenas o trecho que modificou a capitulação trazida na denúncia, altera a sua natureza jurídica, de sentença para decisão interlocutória simples, a qual não tem o condão de interromper a fluência do prazo prescricional. 4. Em razão da vedação à reformatio in pejus indireta, na contagem da prescrição, deve ser utilizada a pena fixada na sentença anulada, de 1 ano, razão pela qual o lapso é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, do Código Penal, tempo transcorrido desde o recebimento da denúncia, em 5/3/2007. 5. Ordem concedida para anular a condenação imposta na sentença e declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 107, IV, c/c o art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, do Código Penal. (HC 201102560434, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:19/09/2012 ..DTPB:.). (Grifo nosso)

"HABEAS CORPUS. SENTENÇA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. MODIFICAÇÃO DA PENA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. *Declarada extinta a punibilidade pela prescrição em relação ao delito do artigo 55 da Lei nº 9.605/98, remanesce apenas a condenação pelo crime previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91, cuja pena mínima em abstrato não ultrapassa o limite de 01 (um) ano estabelecido no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, razão pela qual deve ser oportunizado ao Parquet Federal a possibilidade de se manifestar acerca da proposta de suspensão condicional do processo. Nesse sentido a Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça.* 2. Ordem parcialmente concedida para determinar a anulação da sentença, na parte que condena o réu pela prática do delito previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91, além do retorno dos autos ao Juízo de origem, com vistas a oportunizar ao Ministério Público Federal eventual elaboração de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 e da Súmula nº 337 do STJ. (HC 00168770520144030000, JUIZ CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2014 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.). (Grifo nosso)

"HABEAS CORPUS. LEI DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA O DE USO DE ENTORPECENTES, QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO PACIENTE. CONDUTA QUE ADMITE TANTO A TRANSAÇÃO PENAL QUANTO A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INSTITUTOS CUJA OPORTUNIDADE PARA PROPOSITURA PELO PARQUET E EVENTUAL ACEITAÇÃO PELO ACUSADO DEVE SER CONFERIDA INCLUSIVE NA HIPÓTESE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CRIME CUJO PRAZO PRESCRICIONAL É DE 2 ANOS (ART. 30 DA LEI N.º 11.343/06). ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, PARA EXTINGUIR A PUNIBILIDADE DO PACIENTE. 1. A conduta prevista no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 admite, em tese, tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo. 2. Os institutos despenalizadores da Lei n.º 9.099/95 devem ser aplicados quando ocorre a desclassificação do delito, conforme entendimento sedimentado na súmula n.º 337 desta Corte. 3. *Se não foi conferida ao Ministério Público a possibilidade de propor transação penal ou a suspensão condicional do processo, em hipótese na qual a pena abstrata prevista permite a aplicação de tais institutos, não pode subsistir a condenação, por excluir do Acusado a oportunidade de eventualmente aceitá-las.* 4. O prazo prescricional para os crimes previstos no



Capítulo III, do Título III, da Lei n.º 11.343/06, é de 2 anos (art. 30). 5. Ordem de *habeas corpus* concedida, para extinguir a punibilidade do Paciente, com fulcro no art 107, inciso IV, do Código Penal. (STJ, HC 162807/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012 (Grifo nosso)).

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 334-A, §1º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. CABIMENTO, EM TESE, DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM RELAÇÃO À CORRÉ. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. APELAÇÃO DA CORRÉ PREJUDICADA NO MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOLO CONFIGURADO. ERRO DE PROIBIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO VALORADAS NEGATIVAMENTE. SENILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA Nº 231 DO STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ARTIGO 77, INCISO III, CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE ALTERADA PARA LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA AOS RÉUS. CUSTAS PROCESSUAIS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DE ANTÔNIO PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Os apelantes foram condenados pela prática do crime previsto no artigo 334-A, §1º, inciso IV, do Código Penal, sendo que ANA LUZIA foi condenada pelo crime de contrabando em sua modalidade tentada.

2. Foi imputada a ANA LUZIA a prática do crime de contrabando tentado, cuja pena mínima abstrata representa quantum inferior ao limite previsto na Lei nº 9.099/1995, em seu artigo 89, caput, para o *sursis* processual. Pelas informações contidas nos autos, a apelante não registra outras anotações criminais, e as circunstâncias do delito em questão, bem como as suas condições pessoais, não constituem empecilho à concessão do benefício. Contudo, o Ministério Público Federal não se manifestou ao longo do processo acerca da possibilidade ou não de aplicação do instituto despenalizador em favor da ré.

3. Embora o referido instituto não represente um direito subjetivo da ré, não se pode olvidar que, caso entenda o Ministério Público Federal pelo oferecimento do referido *sursis*, este, uma vez aceito, não mais implicará em discussão da culpabilidade, bem como não acarretará nenhum efeito penal secundário típico de sentença penal condenatória, além do lançamento do nome em rol de culpados, maus antecedentes, reincidência, entre outros, não se mostrando razoável obstaculizar tal possibilidade à acusada. Destarte, o não oferecimento do *sursis* processual, sem a devida justificação, acarreta a nulidade do feito, cumprindo desconstituir a sentença, no tocante à condenação de ANA LUZIA, devendo o presente feito retornar ao juízo de origem, abrindo-se vista ao Ministério Público Federal a fim de que se manifeste a respeito da proposta.

[...]

(TRF-3, Ap. Crim. 0003377-18.2014.4.03.6127/SP, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJe 31/10/2018.)

Realizada a proposta e aceita, dever-se-á proceder nos termos do ordenamento. Se não realizada a proposta (o que deve ser fundamentado), deverá haver eventual nova prolação de sentença. Já o recurso ora interposto deve ser julgado prejudicado, ante o reconhecimento de matéria a impor a anulação da sentença contra a qual se volta o apelo. Pelo exposto, voto por anular a sentença conde-

natória, e determinar a remessa dos autos à origem, de maneira a possibilitar análise fundamentada acerca de eventual proposta de suspensão condicional do processo por parte do órgão ministerial ali oficiante, devendo, em caso negativo, ser prolatada nova sentença, e restando prejudicada a análise do restante do recurso defensivo. É o voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL**

### **0000410-27.2013.4.03.6000**

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Apelados: ANDREA ESCOBAR FREIRE, ANGELA MIYUKI YASUNAKA HERADON, BELCHIOR DONIZETE CABRAL, CLEOMILSON PEREIRA DE ASSIS, JULIO CESAR PEREIRA MORAIS, NILSON RODRIGUES DA FONSECA, SIDNEY LOUREIRO PAULO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 10/11/2022

### **EMENTA**

PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. TERCEIRO SETOR. CONVÊNIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ATÍPICA DO ESTADO. EQUIPARAÇÃO INDEVIDA. FRAUDE E USO DE DOCUMENTOS FALSOS PARA DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. CONDUTA DOLOSA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Em que pese o entendimento de que os dirigentes de entidades privadas sem fins lucrativos podem ser equiparados a funcionários públicos e de que compete ao Estado desenvolver atividades de promoção e proteção às tradições, costumes e bens indígenas, não se pode concluir que, no caso concreto, a atividade conveniada seja típica da Administração Pública, de modo que resta inaplicável o disposto no art. 327, § 1º, do Código Penal. Portanto, não merece reparo a conclusão do Juízo *a quo* de indevida equiparação dos réus a funcionários públicos (CP, art. 327, § 1º), de modo que não há como imputar-lhes a prática do crime de peculato (CP, art. 312).
2. A denúncia não aponta irregularidade na celebração dos convênios e na liberação de recursos públicos. No que diz respeito à exigência de licitação para a contratação de serviços, afirma-se na denúncia que nos termos do "Decreto Federal n. 6.170/2007, a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral não possuía a obrigação de realizar licitação para contratar serviços necessários ao evento, razão pela qual os fatos não podem ser enquadrados como crimes previstos na Lei n. 8.666/93".
3. Os elementos dos autos são insuficientes à prova de que os réus de valores de fraude ou de documentos falsos para desviar recursos públicos.
4. À míngua de comprovação de conduta dolosa dos réus para a prática de crimes, deve-se concluir que não resta demonstra a associação criminosa.
5. Apelação do Ministério Público Federal não provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu, NEGAR PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu Andrea Escobar Freire, Angela Miyuki Yasunaka Herradon, Belchior Donizete Cabral, Cleomilson Pereira de Assis, Julio Cesar Pereira Moraes, Nilson Rodrigues da Fonseca e Sidney Loureiro Paulo da prática dos delitos dos arts. 312, *caput*, e 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal (Id n. 2579874840)

Alega-se, em apelação, o seguinte:

a) Andrea Escobar Freire, na condição de presidente da Associação Cultural Oficina de Criação Teatral (Pontão de Cultura Guaikuru), com auxílio de Belchior Donizete Cabral, celebrou convênios com o Ministério da Cultura, com o Ministério do Turismo e com a FUNAI, para a execução de atividade típica da Administração Pública, contratando, por meio de certames forjados, as empresas dos demais denunciados;

b) para fins penais, Andrea Escobar Freire deve ser considerada funcionária pública por equiparação, com extensão dessa condição aos corréus (CP, arts. 29 e 30);

c) restou demonstrada a associação dos réus para o cometimento de crimes de peculato;

d) malgrado tenha reconhecido a materialidade do crime de peculato, o Juízo *a quo* absolveu os réus sob o fundamento de que Andrea Escobar Freire não poderia ser equiparada a funcionária pública, não sendo possível a tipificação da conduta como estelionato;

e) em decorrência, os réus também foram também absolvidos da prática do delito de associação criminosa;

f) o estatuto social da Associação Cultural aponta a atuação em áreas típicas da Administração Pública;

g) os convênios celebrados pela Associação Cultural tinham por objeto desenvolver atividades de promoção, difusão, defesa e integração da nossa cultura, na linha do que dispõem os arts. 4º, § único, 5º, LXXIII, 23, III, IV e V, 24, VII e IX, 30, IX, 210, 215, 216, 216-A, 219, 221, I a III, 225, §7º, 227 e 242, §1º, todos da Constituição da República;

h) a promoção da cultura indígena é atividade típica da Administração Pública, razão pela qual os réus devem ser equiparados a funcionários públicos para fins penais (CP, art. 327, § 1º);

i) o fato de a Associação Cultural não ter a obrigação de realizar licitação para contratar os serviços necessários aos seus eventos não afasta a necessária observância aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração de contratos, de acordo com o art. 11 do Decreto Federal n. 6.170/2007 e o art. 45 da Portaria Interministerial n. 127, de 29.05.08, que estabelece normas para execução do disposto no Decreto n. 6.170, de 25.07.07, além do art. 116 da Lei 8.666/93;

j) postula a condenação dos réus pela prática dos delitos dos arts. 288 e 312 do Código Penal, além de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração (Ids ns. 257987485 e 257987490).

Foram apresentadas contrarrazões (Ids ns. 257987498, 257987500, 257987502, 257987504, 257987506).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Pedro Barbosa Pereira Neto, manifestou-se pelo não provimento do recurso (Id n. 261132633).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao revisor, nos termos regimentais.

### **VOTO**

*Imputação.* Andrea Escobar Freire, Ângela Miyuki Yasunaka Herradon, Belchior Donizete Cabral, Cleonilson Pereira de Assis, Júlio César Pereira Morais, Nilson Rodrigues da Fonseca e Sidney Loureiro Paulo foram denunciados pela prática do delito do art. 312, *caput*, e do art. 288, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia que, em 2009, a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral (Pontão de Cultura Guaikuru) celebrou convênios com a Fundação Nacional do Índio - Funai, o Ministério da Cultura e o Ministério do Turismo para a realização da Mostra do Vídeo Índio Brasil 2009. Foram destinados R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) para a realização do evento, valor que deveria ser complementado por contrapartida de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais).

Embora o Decreto n. 6.170/07 não disponha sobre a obrigação de realizar licitação, os convênios celebrados pela Associação Cultural preveem a necessidade de cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

O Pontão de Cultura Guaikuru, por meio de cotações de preços fraudulentas, contratou serviços de empresas que mantinham contato com Andrea Escobar, presidente da entidade.

Andrea Escobar associou-se a Ângela Miyuki (Aquidauana Viagens e Turismo Ltda.), Belchior Donizete Cabral, Nilson Rodrigues da Fonseca e Cleomilson Pereira de Assis (Mercado Cultural Ltda. e Cinecultura Projeções Cinematográficas Ltda.), Júlio César Pereira Morais (Rocha e Carvalho Ltda./Morais e Santos Ltda. e Júlio César Pereira Morais - ME) e Sidney Loureiro Paulo (Ed-Som Produções Ltda.), com o objetivo de desviar os recursos públicos.

Ademais, na tentativa de ocultar o desvio de recursos públicos, membros do Pontão de Cultura Guaikuru, dentre eles Belchior Donizete (cônjuge de Andrea Escobar), eram remunerados como se fossem profissionais contratados pelas empresas prestadoras dos serviços.

Os denunciados transferiam valores entre as contas bancárias de suas empresas, até que chegassem à conta bancária de Júlio César, responsável pelo repasse dos recursos desviados a Andrea Escobar e Belchior Donizete. Em alguns casos, os serviços contratados com verbas do erário federal não foram prestados pelas empresas que integram a associação criminosa.

Nesse contexto, a denúncia passa a descrever 6 (seis) fatos criminosos.

*Primeiro fato.* Em agosto e setembro de 2009, Andrea Escobar, Belchior Donizete, Júlio César e Sidney Loureiro desviaram R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos

reais) provenientes do Convênio n. 704410/2009, celebrado com o Ministério do Turismo. Para tanto, valeram-se de Rocha e Carvalho Ltda., empresa que não prestou o serviço de cobertura fotográfica para o qual foi contratada e que apresentou nota fiscal fria. O procedimento licitatório falso diz respeito à Carta Convite n. 19/2009. As irregularidades foram discriminadas pela Controladoria Geral da União, segundo a qual, para conferir aparência de legalidade à contratação de Rocha e Carvalho Ltda., a empresa Ed-Som Produções Ltda. – ME, cujo proprietário é Sidney Loureiro, também apresentou proposta de preços.

*Segundo fato.* Entre os meses de julho a setembro de 2009, Andrea Escobar, Ângela Miyuki, Belchior Donizete, Júlio César e Sidney Loureiro, por meio do Pontão de Cultura Guaikuru e das empresas Aquidauana Viagens e Ed-Som Produções, desviaram em proveito próprio a quantia de R\$ 49.482,28 (quarenta e nove mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e vinte e oito centavos), proveniente do Convênio n. 704047/2009, celebrado com o Ministério da Cultura para a execução de atividade típica da Administração Pública, em Campo Grande (MS).

Os denunciados forjaram o processo licitatório, Carta Convite n. 6/2009, no qual foi vencedora a empresa Aquidauana Viagens e Turismo (Contrato n. 3/2009). As empresas Condor Turismo Ltda. e Sem Fronteiras Viagens e Turismo Ltda. participaram do certame apenas para simular competição. A Controladoria Geral da União conclui pela inexistência de documentos que evidenciem a efetiva prestação dos serviços por Aquidauana Viagens e Turismo.

Andrea Escobar e Ângela Miyuki contaram com a participação de Júlio César e Sidney Loureiro, ambos responsáveis pela distribuição das verbas desviadas entre os envolvidos, sob as ordens de Belchior Donizete.

*Terceiro fato.* Nos meses de julho a setembro de 2009, Andrea Escobar, Ângela Miyuki, Belchior Donizete, Júlio César e Sidney Loureiro, por meio do Pontão de Cultura Guaikuru e das empresas Aquidauana Viagens e Turismo Ltda. e Ed-Som Produções Ltda., associaram-se para desviar R\$ 73.160,00 (setenta e três mil cento e sessenta reais) em proveito próprio. Os recursos públicos são provenientes do Convênio SICONV n. 704309/2009, celebrado com a FUNAI, cujo objeto é a execução de atividade típica da Administração Pública, em Campo Grande (MS).

Para o desvio da verba pública, Andrea Escobar e Ângela Miyuki contaram com a participação de Júlio César e Sidney Loureiro, responsáveis por transferir os recursos desviados e que agiam sob as ordens de Belchior Donizete. O grupo criminoso forjou o procedimento licitatório, Carta Convite n. 9/2009, no qual foi vencedora Aquidauana Viagens e Turismo Ltda., contratada por R\$ 73.160,00 (setenta e três mil cento e sessenta reais). Para simular competição, participaram do certame as empresas Premier Turismo e L'Alinx Travel Network Brasil. Houve emissão de fatura em 08.09.09, para a suposta compra de passagens aéreas e locação de veículos.

*Quarto fato.* Nos meses de julho a setembro de 2009, Andrea Escobar, Ângela Miyuki, Belchior Donizete, Júlio César e Sidney Loureiro, por meio do Pontão de Cultura Guaikuru e das empresas Aquidauana Viagens e Turismo Ltda. e Ed-Som Produções Ltda., desviaram R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil e cem reais) provenientes do Convênio SICONV n. 704410/2009, celebrado com o Ministério do Turismo para a execução de atividade típica da Administração Pública, em Campo Grande (MS).



No procedimento licitatório, Carta Convite n. 17/2009, sagrou-se vencedora Aquidauna Viagens e Turismo Ltda., contratada para prestar serviços de hospedagem, locação de vans e traslados. Houve simulação de participação das empresas Premier Turismo e L'Aliança Travel Network Brasil. A Controladoria Geral da União apontou a inexistência de documentos comprobatórios da efetiva prestação dos serviços.

Andrea Escobar e Ângela Miyuki contaram com a participação de Júlio César e Sidney Loureiro, os quais transferiram os recursos desviados aos envolvidos na prática delitiva, sob as ordens de Belchior Donizete.

*Quinto fato.* Nos meses de julho a setembro de 2009, Andrea Escobar, Belchior Donizete, Cleomilson Pereira, Nilson Rodrigues e Sidney Loureiro, por meio do Pontão de Cultura Guaikuru e das empresas Cinecultura Projeções Cinematográficas - EPP e Ed-Som Produções Ltda., desviaram R\$ 52.834,00 (cinquenta e dois mil oitocentos e trinta e quatro reais) provenientes dos Convênios SICONV ns. 704309, 704047 e 704410, celebrados com a FUNAI, o Ministério da Cultura e o Ministério do Turismo, para a execução de atividade típica da Administração Pública, em Campo Grande (MS).

A empresa Ed-Som Produções Ltda., administrada por Sidney Loureiro, foi contratada para providenciar profissionais para a realização do evento Vídeo Índio Brasil. A contratação de Ed-Som deu-se após licitação por carta convite, com participação de Cinecultura Projeções Cinematográficas - EPP.

Ocorre que os profissionais supostamente contratados por Ed-Som Participações Ltda. eram membros do Pontão de Cultura Guaikuru e funcionários de Cinecultura Projeções Cinematográficas, empresa administrada por Cleomilson Pereira e ligada a Nilson Rodrigues. A empresa Cinecultura Projeções Cinematográficas era uma das organizadoras do evento e valeu-se de seus próprios funcionários para a realização da mostra de cinema e exposição fotográfica, sem pagamento a eles pelo trabalho extra.

Portanto, não há justificativa para o repasse de R\$ 52.834,00 (cinquenta e dois mil oitocentos e trinta e quatro reais) à Ed-Som Participações Ltda. A verba que seria destinada ao pagamento de funcionários contratados foi desviada pelos denunciados. Dentre os profissionais pagos com notas fiscais fraudulentas emitidas por Ed-Som Participações Ltda., há associados da Associação Cultural, sendo Belchior Donizete um deles (recebeu R\$ 2.934,00 a título de coordenação pedagógica).

Andrea Escobar e seu marido Belchior Donizete não poderiam receber valores no âmbito do Projeto Vídeo Índio Brasil, uma vez o estatuto do Pontão de Cultura Guaikuru veda a remuneração de associados por suas atuações ("págs. 86/104 do arquivo "Volume I", salvo na pasta digital "CD anexo ao Ofício n 34721 2013 CGU MS", da mídia digital de fls. 360 do IPL").

Ouvido em sede policial, Sidney Loureiro declarou que o Pontão de Cultura Guaikuru, ao convidar uma empresa para o certame, já indicava os profissionais a serem contratados. A empresa Ed-Som Produções Ltda. foi contratada após contato com Belchior Donizete.

Andrea Escobar, na qualidade de presidente do Pontão de Cultura Guaikuru, com a concorrência de Belchior Donizete, contatou Sidney Loureiro para que

emitisse notas fiscais fraudulentas por meio de sua empresa Ed-Som Produções Ltda. Houve simulação de serviços que, de fato, foram realizados por associados da própria Associação Cultural Oficina e por funcionários da empresa Cinecultura Projeções Cinematográficas, empresa de Cleomilson Pereira e de Nilson Rodrigues. Os denunciados pretendiam aparentar legalidade ao desvio de verbas públicas, avaliado em R\$ 52.834,00 (cinquenta e dois mil, oitocentos e trinta e quatro reais).

*Sexto fato.* Nos meses de julho a setembro de 2009, Andrea Escobar, Belchior Donizete, Cleomilson Pereira, Júlio Cesar, Nilson Rodrigues e Sidney Loureiro, por meio do Pontão de Cultura Guaikuru e das empresas Cinecultura Projeções Cinematográficas - EPP, Ed-Som Produções Ltda. e Júlio Cesar Pereira Moraes - ME (nome de fantasia: JM Sonorização), desviaram R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), provenientes dos Convênios SICONV ns. 704309, 704047 e 704410, celebrados com a Funai, o Ministério da Cultura e o Ministério do Turismo, cujos objetos eram a execução de atividade típica da Administração Pública, em Campo Grande (MS).

O edital do Pontão de Cultura Guaikuru foi elaborado para direcionar a contratação, uma vez que a descrição da sala de exibição para os filmes corresponde à exata dimensão da sala da empresa Cinecultura Projeções Cinematográficas - EPP. Nesse sentido, o depoimento de Cleomilson Pereira em sede policial. Ademais, no procedimento licitatório, Carta Convite n. 18/2009, há inúmeras coincidências entre as propostas apresentadas pelas empresas, a indicar o conluio na suposta disputa que resultou na contratação de Cinecultura Projeções Cinematográficas pelo valor de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais).

Portanto, pode-se afirmar que Andrea Escobar, representante do Pontão de Cultura Guaikuru, considerada funcionária pública por equiparação para fins penais, desviou verbas públicas no montante de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), com a concorrência de Belchior Donizete, que intermediou o contato com Cleomilson Pereira e Nilson Rodrigues, os quais emitiram nota fiscal fraudulenta. Sidney Loureiro e Júlio César elaboraram propostas de preços para simular regularidade na contratação de Cinecultura Projeções Cinematográficas.

*Sétimo fato. Quadrilha ou bando (atos anteriores à Lei n. 12.850/13).* No decorrer de 2009, Andrea Escobar, Ângela Miyuki, Belchior Donizete, Cleomilson Pereira, Júlio Cesar, Nilson Rodrigues e Sidney Loureiro associaram-se de modo estável e permanente com o fim de cometer crimes. Mantinham grupo criminoso para fraudar licitações decorrentes dos convênios celebrados pela Associação Cultural com a Administração Pública.

O *modus operandi* consistia na “prévia combinação, entre eles, para que a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral realizasse licitações, cujos objetos foram direcionados à adjudicação por empresas de membros da quadrilha, sendo que, em alguns casos, os serviços contratados pelo poder público não foram prestados pelas empresas contratadas, com o desvio dos recursos públicos”. Empresas de integrantes da quadrilha simulavam competir entre si nas licitações, como forma de ocultar o direcionamento das contratações.

O vínculo subjetivo entre os denunciados persistia mesmo nos casos em que todas as empresas participavam do certame, de modo a afastar suspeitas de prévio ajuste entre as empresas participantes das licitações.

Havia divisão de tarefas, competindo a Andrea Escobar, na condição de presidente da Associação Cultural, organizar as licitações e direcioná-las aos membros da quadrilha. Andrea Escobar contava com a ajuda de Belchior Donizete, seu marido.

Belchior Donizete assumiu a presidência da Associação Cultural após a saída de Andrea Escobar, de modo a garantir que a quadrilha continuasse na posse das provas dos crimes praticados. A indicar a estreita ligação entre os denunciados, ressalta-se que Belchior Donizete ocupou cargo em comissão na ANCINE no mesmo período em que Nilson Rodrigues era dirigente da agência reguladora. Nilson Rodrigues era responsável pelo Cinecultura Produções Cinematográficas Ltda., que funcionava no mesmo endereço da Associação de Amigos do Cinecultura, cujo presidente, em 2008, era Belchior Donizete. Ambos os denunciados sucederam-se na sociedade das empresas Cinecultura Projeções Cinematográficas e Mercado Cultural Ltda.

Sidney Loureiro declarou ser amigo de Belchior Donizete. Júlio César admitiu conhecer Andrea Escobar desde a época em que trabalhou no governo do Estado de São Paulo.

Ângela Miyuki, Cleomilson Pereira, Júlio César, Nilson Rodrigues e Sidney Loureiro tiveram as suas empresas convidadas para participar de certames simulados. Com a adjudicação do objeto das licitações, eram responsáveis pela produção de documentos fraudulentos para justificar as transferências de recursos públicos aos integrantes da Associação Cultural Oficina de Criação Teatral. Em alguns casos, as empresas receberam pagamentos por serviços prestados gratuitamente pelos membros da própria Associação Cultural. Em outros casos, houve pagamentos em duplicidade e superfaturados, bem como ausência de prestação dos serviços contratados.

Demonstrou-se a existência de vínculo econômico entre as empresas, as quais transferiram entre si os recursos desviados.

Júlio César era o responsável pelo repasse de valores a Andrea Escobar e Belchior Donizete.

As provas de materialidade e de autoria delitiva decorrem dos procedimentos licitatórios e das provas obtidas pela Polícia Federal e pela Controladoria Geral da União.

Em síntese, os denunciados incorreram nas seguintes condutas:

- a) Andrea Escobar: art. 288, *caput*, art. 312, *caput* (por 6 vezes), c. c. o art. 327, §1º, todos do Código Penal;
- b) Ângela Miyuki: art. 288, *caput*, art. 312, *caput* (por 3 vezes), c. c. os arts. 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal;
- c) Belchior Donizete: art. 288, *caput*, art. 312, *caput* (por 6 vezes), c. c. os arts. 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal;
- d) Cleomilson Pereira: art. 288, *caput*, art. 312, *caput* (por 2 vezes), c. c. os arts. 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal;
- e) Júlio César: art. 288, *caput*, art. 312, *caput* (por 5 vezes), c. c. os arts. 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal;
- f) Nilson Rodrigues: art. 288, *caput*, art. 312, *caput* (por 2 vezes), c. c. os arts. 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal;

g) Sidney Loureiro: art. 288, *caput*, art. 312, *caput* (por 6 vezes), c. c. os arts. 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal.

Por fim, postula o Ministério Público Federal, “como mínimo de indenização (art. 387, IV, do Código de Processo Penal), o valor do prejuízo ao erário, acrescido de juros e correção monetária (taxa SELIC), incidentes a partir da data do prejuízo, nos termos das Súmulas n. 43 e 54 do STJ, a ser fixado em responsabilidade solidária entre os causadores do dano (art. 927 do CC)”: Andrea Escobar, Belchior Donizete e Sidney Loureiro no valor de R\$ 419.626,91, atualizado até novembro de 2016 (fatos 1 a 6), Júlio César: R\$ 327.928,22, atualizado até novembro de 2016 (fatos 1, 2, 3,4 e 6), Ângela Miuki: R\$ 268.570,71, atualizado até novembro de 2016 (fatos 2, 3 3 4), Cleomilson Pereira e Nilson Rodrigues: R\$ 136.824,29, atualizado até novembro de 2106 (fatos 5 e 6) (Id n. 257984433).

*Do processo.* Em 13.04.15, o Juízo *a quo* acolheu a representação da Autoridade Policial e decretou a quebra do sigilo bancário dos investigados (Id n. 257983731, pp. 63/65). Oferecida a denúncia, o Juízo *a quo* determinou a notificação dos denunciados para apresentação de defesa por escrito, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal (Id n. 257984434, p. 19).

A denúncia foi recebida em 29.08.17 (Id n. 257984441, pp. 19/22).

Em 18.10.21, o Juízo *a quo* proferiu sentença para absolver os réus da prática dos delitos dos arts. 312 e 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmou que Andrea Escobar não poderia ser equiparada a funcionária pública para fins penais, pois presidente de instituição privada (Pontão de Cultura Guaikuru) que não se enquadra no conceito de entidade para-estatal nem de empresa prestadora de serviço público. Os convênios indicados na denúncia destinavam-se à realização do Projeto Vídeo Índio Brasil 2009, atividade que não pode ser considerada como típica da Administração Pública. Portanto, inadmissível imputar-se aos réus a prática do delito de peculato. Acrescentou o Juízo *a quo* que “a celebração do convênio e a liberação dos recursos se deram de forma válida, a eventual ilicitude teria ocorrido no uso dos recursos, ou seja, na execução do convênio, que se amoldaria à figura do estelionato majorado (art. 171, § 3º, do CP). Então, seria o caso do Juízo dar nova definição jurídica aos fatos, ao teor do disposto no art. 383 do Código de Processo Penal”. Ocorre que as testemunhas ouvidas em Juízo indicaram que o evento ocorreu e que houve remuneração pelos serviços prestados, de modo que ausente a elementar do tipo penal consistente no emprego de meio fraudulento visando induzir ou manter em erro a vítima. Eventuais irregularidades apontadas pela CGU podem caracterizar ilícito civil, porém não configuram ilícitos penais. Por fim, não restou comprovado o emprego de meio fraudulento para induzir ou manter em erro a vítima nem prejuízo aos entes públicos. No que diz respeito ao delito do art. 288 do Código Penal, considerou o Juízo *a quo* que absolvidos os réus “das eventuais práticas de ilícitos, obviamente, não há que se falar em crime de associação criminosa ou quadrilha, já que o objeto da conduta é a finalidade de cometimento de crimes determinados”. Não há prova, ainda, de associação entre os réus para a prática de crimes nem de permanência ou estabilidade (Id n. 257987483).

*Funcionário público. Terceiro setor. Convênio. Equiparação.* Com fundamento no § 1º do art. 327 do Código Penal, quem exerce cargo, emprego ou função em

entidade paraestatal e quem trabalha para empresa prestadora de serviço público contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública, equipara-se a funcionário público para efeito penal. Em consequência, as entidades integrantes do chamado “terceiro setor”, isto é, fundações, associações, cooperativas, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, quedam-se abrangidos pela incidência da norma penal, na medida em que por seu intermédio venham a ser empregados recursos públicos, os quais constituem o bem jurídico protegido pela norma penal:

(...) visando assegurar o interesse da Administração Pública também na área descentralizada, o legislador penal equiparou a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal (...). Inserem-se como modalidades de entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista, os serviços sociais autônomos e modernamente o que se denomina “terceiro setor” (...). O terceiro setor é composto de entes da sociedade civil de fins públicos e não-lucrativos. São eles considerados entidades públicas porque prestam atividades de interesse público, não sendo, contudo, estatais, já que não se inserem no âmbito da Administração Pública direta ou indireta. Recebem tal denominação as entidades de apoio (fundações, associações e cooperativas), as organizações sociais normatizadas pela Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, e as organizações da sociedade civil de interesse público, disciplinadas pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999. (PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 3 (Parte Especial), 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 657-658)

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a responsabilização criminal de dirigente de organização social por crime de peculato, com base no art. 327, § 1º, do Código Penal. Confira-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE (ICS) - PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. (...). CONTRARIEDADE AOS ARTS. 327, § 1º, E 312, AMBOS DO CP. INEXISTÊNCIA. DIRIGENTES DO INSTITUTO CANDANGO DA SOLIDARIEDADE. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS PARA OS FINS PENAIIS. CARACTERIZAÇÃO. VILIPÊNDIO AOS ARTS. 312 DO CP, E 386, VII, DO CPP (...).

10. O conceito de entidades paraestatais existente no § 1º do artigo 327 do Código Penal contempla as chamadas Organizações Sociais, estas previstas no âmbito federal pela Lei nº 9.637/98 e na órbita distrital pela Lei nº 2.415/99.

11. Considerando que o ICS foi qualificado como Organização Social pelo artigo 19 da Lei Distrital nº 2.415/99, tem-se que seus dirigentes são equiparados a funcionários públicos para os efeitos penais, submetendo-se às sanções direcionadas aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública em geral, em razão da norma extensiva prevista no § 1º do artigo 327 do Código Penal, que equipara a funcionário público, todo o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal (...).

(STJ, REsp n. 1.519.662, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.08.15)

Também este Tribunal e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região admitiram a responsabilidade criminal de agentes ligados ao terceiro setor pela prática de crime próprio contra a Administração Pública:



PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. ENTIDADE QUE RECEBEU SUBVENÇÃO SOCIAL DE ENTE PÚBLICO CUJOS RESPECTIVOS VALORES FORAM DESVIADOS. CRIME DE PECULATO-DESVIO CONSUMADO. REJEITADAS AS PRELIMINARES ARGUIDAS PELOS RÉUS. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDA. REFORMA DA SENTENÇA PARA A ABSOLVIÇÃO DA CORRÉ NEIDE. APELOS DOS COACUSADOS JOEL, ADÔNIS, ANTÔNIO JOSÉ E PAULO CÉSAR PARCIALMENTE PROVIDOS, APENAS PARA REDUZIR-LHES AS PENAS (...).

7- Contrariamente ao que sustentam as defesas, mesmo na redação vigente à época dos delitos apurados, o art. 327, caput, do Código Penal, permitia afirmar que Neide e Paulo César e também o corrêu Filip (que, contudo, teve extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição antes da prolação da sentença apelada), enquanto sócios contribuintes (os dois primeiros) e dirigentes da OSEC (todos), exerciam função pública, na medida em que a instituição pela qual respondiam - entidade assistencial mantenedora de várias instituições de ensino superior - desempenhava atividade típica da Administração Pública. Com efeito, a existência da OSEC e sua boa administração são de importância vital para as instituições de ensino superior por ela mantidas. Assim, força convir que seus dirigentes, em tudo e por tudo, exercessem função pública tão ou mais relevante que cada um dos diretores das faculdades mantidas pela OSEC, a respeito do quais não mais se discute a condição de funcionários públicos para todos os fins de direito. (TRF 3ª Região, ACr n. 2009.03.99.001632-9, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 12.05.14)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO. EQUIPARAÇÃO DE DIRIGENTES DE ONG A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS ORIUNDOS DE TERMO DE COOPERAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. Os dirigentes de ONG APOLOS - Associação Potiguar pela Livre Orientação Sexual, que firmou convênio com a UNODC (em colaboração com o Ministério da Saúde), podem ser equiparados a funcionário público para fins penais (...).

(TRF 5ª Região, ACr n. 00052726720104058400, Rel. Des. Fed. Joana Carolina Lins Pereira, j. 03.12.13)

*Do caso dos autos.* O Ministério Público Federal sustenta que o exercício de função pública por equiparação deve atribuído a Andrea Escobar, presidente da Associação Cultural, estendendo-se aos corrêus. O exercício de atividade típica da Administração Pública decorreria do estatuto social da entidade e de dispositivos constitucionais que dispõem sobre o desenvolvimento de atividades de promoção, difusão, defesa e integração da cultura indígena.

A insurgência do Ministério Público Federal não deve prosperar.

Em que pese o entendimento de que os dirigentes de entidades privadas sem fins lucrativos podem ser equiparados a funcionários públicos e de que compete ao Estado desenvolver atividades de promoção e proteção às tradições, costumes e bens indígenas, não se pode concluir que, no caso concreto, a atividade conveniada seja típica da Administração Pública, de modo que resta inaplicável o disposto no art. 327, § 1º, do Código Penal.

O estatuto social da Associação Cultural Oficina de Criação Teatral (Pontão de Cultura Guaikuru), pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, dispõe ter sido constituída para "promover e desenvolver projetos e ações de caráter cultural que visem o fortalecimento do teatro e a ampliação do acesso da sociedade



às atividades culturais” (Id n. 257984453, pp. 51/58). Os convênios celebrados com o Ministério da Cultura, Ministério do Turismo e com a Funai têm por objeto a execução do Projeto Vídeo Índio Brasil 2009, com a realização de mostras dos filmes “Os Povos Indígenas no Cinema Brasileiro” e “Olhar dos Povos Indígenas”, exposição fotográfica, oficina de produção audiovisual e mesas de debates.

Portanto, não merece reparo a conclusão do Juízo *a quo* de indevida equiparação dos réus a funcionários públicos (CP, art. 327, § 1º), de modo que não há como imputar-lhes a prática do crime de peculato (CP, art. 312).

Acrescentou o Juízo *a quo* que os fatos narrados na denúncia configurariam, em tese, a prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, sendo admissível conferir nova definição jurídica aos fatos nos termos do que dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.

A denúncia não aponta irregularidade na celebração dos convênios e na liberação de recursos públicos ao Pontão de Cultura Guaikuru. No que diz respeito à exigência de licitação para a contratação de serviços, afirma-se que nos termos do “Decreto Federal n. 6.170/2007, a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral não possuía a obrigação de realizar licitação para contratar serviços necessários ao evento, razão pela qual os fatos não podem ser enquadrados como crimes previstos na Lei n. 8.666/93” (Id n. 257984433, p. 5). No entanto, o art. 11 do Decreto n. 6.170/08 dispõe que “para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”.

Em relação à materialidade delitiva, constam dos autos em especial os seguintes elementos:

a) Relatório da auditoria realizada pela Controladoria Geral da União – CGU no Estado de Mato Grosso do Sul, tendo por objeto o convênio Siconv n. 704309/2009, celebrado entre a Funai e a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral (Pontão de Cultura Guaikuru), datado de 05.08.09, no valor de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), com previsão de contrapartida, para a realização do projeto “2º Vídeo Índio Brasil”, o relatório também indica os convênios Siconv n. 704047 e n. 704410, celebrados pela Associação Cultural com o Ministério da Cultura e do Turismo para a execução do mesmo projeto, ambos no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e com previsão de contrapartida: a análise dos documentos dos convênios resultou na constatação de pagamento em duplicidade e utilização de recursos de um convênio como contrapartida de outro convênio (Id n. 257983724, pp. 9/60, n. 25798375, pp. 1/11, cf. abaixo explicitado);

b) Ofício da CGU, por meio do qual informa as contas dos convênios fiscalizados e os dados das contas destinatárias dos débitos ocorridos nas contas dos convênios (Ed-Som Produções Artísticas Ltda. - ME, Rocha & Carvalho Ltda., Cinecultura Projeções Cinematográficas Ltda. – EPP, Aquidauana Viagens e Turismo Ltda.)(Id n. 257983725, pp. 31/34);

c) Cópia do Convênio celebrado entre a Associação Cultural e a Funai (Id n. 257983727, esp. pp. 5/12);

d) Informação n. 3/2014, da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiras que, dentre outras matérias, discrimina os prestadores de serviços e os valores a eles pagos no âmbito dos convênios celebrados pela Associação Cultural, com os respectivos créditos e débitos em contas bancárias, e pagamentos de notas fiscais (Id n. 257983729, pp. 55/60, n. 257983730, pp. 1/7);

e) Ofício do Ministério do Turismo no qual informa à Associação Cultural que em face da documentação suplementar apresentada, aprovou a prestação de contas, conforme acórdão do Tribunal de Contas da União (Id n. 257984440, p. 17);

f) Ofício do Ministério da Cultura no qual informa a aprovação de contas referente ao Convênio n. 704047/2009, firmado com a Associação Cultural (Id n. 257984440, p. 18);

g) Informação Técnica da Funai na qual consta que após a apresentação de documentação pelo Pontão de Cultura Guaikuru, considerou realizado o objeto do convênio (Id n. 257984440, pp. 22/23 e acréscimos de pp. 19/21);

h) Estatuto social da Associação Cultural Oficina de Criação Teatral (Id n. 257984453, pp. 51/58) e e ata de 20.07.08, com registro do afastamento de Belchior Donizete (Id 257984453, pp. 66/69).

O relatório da auditoria realizada pela Controladoria-Geral da União diz respeito aos fatos de gestão ocorridos no período de 01.01.11 a 31.12.11. Foram objeto de análise o convênio celebrado pela Funai com a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral (Pontão de Cultura Guaikuru) em 05.08.09, no valor de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), para o desenvolvimento do Projeto do 2º Vídeo Índio Brasil, à conta do Programa de Proteção e Promoção dos Povos Indígenas/Promoção do Patrimônio Cultural dos Povos Indígenas. O valor recebido pela entidade foi de R\$ 150.000,00 (cem mil reais), com contrapartida de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Nesse contexto, a CGU apurou que a Administração Pública havia celebrado outros 2 (dois) convênios com o Pontão de Cultura Guaikuru para o desenvolvimento do mesmo Projeto: com o Ministério da Cultura, para a realização de mostras e seminários, mesas de debates, dentre outras atividades, e com o Ministério da Cultura para fomentar o turismo cultural. Em ambos os convênios, o valor recebido foi de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com previsão de contrapartida. As apurações da CGU foram as seguintes:

#### Execução Financeira e Prestação de Contas:

a) Convênio n. 704309/2009 (Funai): os documentos apresentados indicam o pagamento de serviços prestados pelas empresas Ed-Som Produções, Rocha & Carvalho Ltda., Aquidauana Viagens e Turismo e XYZ Design Ltda., no valor de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais). Não houve integralização da contrapartida, na conta específica do Convênio, do valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Conforme documentos apresentados, a integralização teria ocorrido mediante pagamento a fornecedores, prática da entidade que está em desacordo com a legislação específica (Portaria MPOG/MF/CGU n. 127/2008). Ademais, a insuficiência de documentos impede afirmar que os pagamentos foram de fato destinados aos referidos fornecedores. Quanto à prestação de contas, a CGU verificou haver pendência registrada no sistema. Instados, os administradores informaram a adoção de providências para a regularização junto à Funai, porém não foi possível concluir pela efetiva prestação de contas (Id n. 25983724, p. 15);

b) Convênio n. 704410/2009 (Ministério do Turismo): constatou-se o pagamento às empresas Cinecultura Projeções Cinematográficas, Ed-Som Produções Ltda., Rocha & Carvalho Ltda. e Aquidauana Viagens e Turismo Ltda., no total de R\$ 112.000,00 (cento e doze mil reais). Houve correto depósito da contrapartida prevista. Os documentos apresentados indicam pagamentos em cheque aos fornecedores/prestadores de serviços;

c) Convênio n. 704047/2009 (Ministério da Cultura): constatou-se o pagamento às empresas Cinecultura Projeções Cinematográficas, Ed-Som Produções Ltda. e Rocha & Carvalho Ltda. e Aquidauana Viagens e Turismo Ltda., no total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Os documentos apresentados foram considerados insuficientes à comprovação de efetiva integralização da contrapartida, razão pela qual a entidade recolheu R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao tesouro nacional em 21.05.10.

#### Controle interno

a) O Ministério do Turismo aprovou as contas apresentadas pela entidade (Pontão de Cultura Guaikuru).

b) No convênio realizado com o Ministério da Cultura, registrou-se ocorrência no que diz respeito à contrapartida, razão pela qual a entidade efetuou o recolhimento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). A CGU apontou prejuízo ao erário nesse recolhimento, à vista de indícios de integralização da contrapartida “mediante utilização de recursos de outro convênio e não aplicação dos recursos da contrapartida no mercado financeiro” (Id n. 257983724, p. 17). A fim de apurar a origem dos recursos ressarcidos, a CGU analisou o convênio celebrado pelo Pontão de Cultura Guaikuru com a Funai. Concluiu que a entidade pretendeu usar uma nota fiscal emitida pela empresa Ed-Som na forma de contrapartida, ou seja, “a entidade teria pago R\$ 18.600,00 à empresa com recursos de outro convênio e pretendia considerar esses valores também como gastos do convênio” (Id n. 257983724, p. 19).

c) Prejuízo ao erário no montante de R\$ 97.622,28 (noventa e sete mil, seiscentos e vinte e dois reais e vinte e oito centavos), decorrente de pagamentos por serviços que não restaram integralmente comprovados: no convênio com o Ministério da Cultura, não houve comprovação documental de que as 23 (vinte e três) viagens aéreas listadas foram pagas com recursos do Convênio, o mesmo ocorrendo com os serviços de hospedagem, de modo que a CGU concluiu que deve ser glosado o valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais). A entidade não apresentou o contrato celebrado com a empresa Aquidauana, de modo que a CGU concluiu que também deve ser glosado o valor apresentado a título de gastos com passagens aéreas, no total de R\$ 21.482,20 (vinte e um mil, quatrocentos e oitenta e dois reais) (Id n. 257983724, pp. 23/24);

d) Convênio com a Funai: a CGU considerou que não foram comprovados documentalmente os serviços indicados na fatura emitida pela empresa Aquidauana (passagens aéreas de palestrantes, diretores e convidados), no total de R\$ 16.040,00 (dezesseis mil e quarenta reais). A entidade apresentou fotografias de parte dos supostos beneficiários das passagens aéreas, a fim de demonstrar o comparecimento ao evento, o que não foi considerado suficiente pela CGU, que glosou a totalidade do valor;

e) Convênio com o Ministério da Cultura: a CGU considerou que os serviços indicados em fatura, referentes a hospedagem e locação de vans no valor de R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil reais), não restaram comprovados documentalmente, de modo que glosou a totalidade da fatura. O mesmo se deu em relação a 3 (três) faturas da Associação Cultural Oficina de Teatro, razão pela qual a CGU concluiu

ser necessário o ressarcimento de cerca de R\$ 97.622,00 (noventa e sete mil, seiscentos e vinte e dois reais) (Id n. 257983724, p. 28). A irregularidade apontada pela CGU foi indicada como "Primeiro Fato" na denúncia objeto desta ação penal. Favorecimento a empresas cujos administradores mantêm vínculos com a presidente do Pontão de Cultura Guaikuru: parte dos recursos dos 3 (três) convênios foram destinados a pagamento de serviços supostamente prestados por Cinecultura Projeções Cinematográficas Ltda., valor de R\$ 65.400,00 (sessenta e cinco mil e quatrocentos reais), conforme notas fiscais apresentadas. Dentre os serviços, a locação de equipamentos para exibição em aldeias indígenas não foi respaldada em contrato formal. No que diz respeito à comprovação de procedimento licitatório ou equivalente, foram apresentadas cópias de documentos dispersos e propostas comerciais das empresas Cinecultura, Ed-Som e Júlio César Pereira Moraes – ME, sagrando-se vencedora a Cinecultura. Os preços constantes das propostas indicam que foram elas apresentadas para garantir aparência de um número mínimo de concorrentes, pois os levantamentos de dados e cruzamentos de informações revelam vínculos familiares, associativos e de amizade, de modo que os recursos dos convênios permanecem em círculo restrito de pessoas, com possível conluio entre as empresas e entidade (Id n. 257983724, pp. 29/33).

Apresentação de documentação inidônea:

a) a empresa Ed-Som Produções Ltda. foi instada a apresentar a relação dos profissionais contratados para atuarem na realização do evento. Constatou-se que parte dos profissionais eram funcionários de Cinecultura Projeções Cinematográficas Ltda. (uma das empresas organizadoras do evento, assim como o Pontão de Cultura Guaikuru e a Oficina de Criação Teatral). Esses funcionários não receberam pagamento específico, malgrado as notas fiscais apresentadas pelos organizadores do evento. A conclusão da CGU foi a de que a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral valeu-se de nota fiscal fraudulenta no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para comprovação dos recursos aplicados.

b) no âmbito do convênio celebrado com o Ministério do Turismo, a empresa Rocha & Carvalho Ltda. foi contratada pelo valor de R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais) para a cobertura fotográfica do evento (7 localidades, incluindo aldeias indígenas e áreas rurais). A CGU concluiu que as fotografias elencadas foram tiradas por outras pessoas que não aquelas vinculadas à ONG e que a contratação fraudulenta apenas serviu para a apresentação de nota fiscal fria (Id n. 257983724, pp. 35/40). A referida irregularidade foi indicada com 1º Fato na denúncia da presente ação penal.

Constatação de irregularidades nas licitações realizadas pela Associação Cultural Oficina de Criação Teatral – OFT, no âmbito do Convênio n. 704309/2009 (FUNAI) e n. 704410 (Ministério do Turismo):

a) As empresas Arte & Sonorização (Rocha & Carvalho Ltda-ME) e Stillus Publicidade Visual têm como objeto social áreas de atuação que não o serviço de radiodifusão para o qual foram contratadas. A primeira foi vencedora da licitação (Carta Convite n. 10/2009), embora houvesse uma terceira empresa com atuação na área.

b) A empresa Ed-Som Produções Ltda. foi vencedora na concorrência objeto da Carta Convite n. 12/2009, na qual também apresentaram propostas a Stillus Publicidade e uma terceira empresa cujo objeto social tem relação com o objeto licitado, ao contrário das outras duas.

c) A empresa Ed-Som Produções Ltda. foi vencedora na concorrência objeto da Carta Convite n. 13/2009, na qual também apresentaram propostas Júlio César Pereira Moraes – ME (JM Sonorização) e Rocha & Carvalho Ltda. – ME

(Arte & Sonorização). A CGU constatou que nenhuma das empresas possuem como atividade econômica o fornecimento de mão de obra para prestação de serviços em eventos (direção, curadoria, assistências diversas, monitoria de oficina, dentro outros).

d) A empresa Cinecultura Produções Cinematográficas Ltda. sagrou-se vencedora na concorrência objeto da Carta Convite n. 14/2009, cujo objeto é a locação de filmes. Também apresentaram propostas Júlio Cesar Pereira Moraes - ME e Ed-Som Produções Ltda., embora tenham objetos sociais diversos daquele indicado na Carta Convite. A CGU apurou que a empresa Cinecultura encerrou as atividades em Campo Grande e passou a atuar em Brasília. Está cadastrada no SINTEGRAL/DF na atividade principal de comércio varejista de doces, embora no CNPJ conste "atividades de exibição cinematográfica". A conclusão foi a de que nenhum dos participantes da Carta Convite estavam habilitados para a participação no certame.

e) A empresa XYZ Design Ltda. foi vencedora na Carta Convite n. 15/2009, na qual também apresentaram propostas Mercado Cultural Ltda. e Ed-Som Produções Ltda. A vencedora atua na área objeto da Carta Convite, ao contrário das outras duas empresas participantes. A CGU ressalta os vínculos existentes entre os dirigentes das instituições organizadoras do evento e os dirigentes das instituições patrocinadoras do evento, em especial para Belchior Donizete Cabral (Oficina de Criação Teatral e Pontão de Cultura Guaikuru), Nilson Rodrigues Fonseca (Cinecultura), Wallison Oliveira Torres (Mercado Cultural) e Pedro Sérgio Lima Ortale (Funai). A conclusão foi a de que as empresas vencidas participaram do certame somente para ser atendida a exigência do número mínimo de 3 licitantes na modalidade convite. Na realidade, portanto, houve contratação direta da empresa vencedora (Id n. 257983724, p. 50).

f) A empresa Cinecultura foi vencedora da Carta Convite n. 18/2009, cujo objeto é a cobertura de vídeo, edição de imagens e serviços correlatos. Também participaram as empresas Ed-Som e JM Sonorização, nos termos simulados anteriormente referidos, segundo apurou a CGU.

Utilização de empresa de produção de eventos para contratação de pessoas ligadas à Associação Cultural Oficina de Criação Teatral (Pontão de Cultura Guaikuru)

a) Após análise das contratações dos profissionais que atuaram no evento Vídeo Índio Brasil 2009, remunerados com recursos dos convênios celebrados com o Ministério da Cultura e Funai, a CGU concluiu que a empresa Ed-Som contratou alguns associados da Associação Cultural e que funcionários da empresa Cinecultura trabalharam no evento, ou seja, não foram de fato contratados por Ed-Som. Portanto, a Associação Cultural valeu-se de documentos inidôneos da Empresa Ed-Som Produções Ltda. para comprovar a aplicação, em despesas com pessoas, de recursos provenientes dos convênios celebrados com órgãos públicos (Id n. 257983724, pp. 52/57)

Pagamentos em duplicidade

Parte as notas fiscais apresentadas pelo Pontão de Cultura Guaikuru apresenta serviços em duplicidade, conforme discriminado em tabela pela CGU (Id n. 257983724, p. 58). Concluiu-se que "alguns serviços custeados com recursos do convênio nº 704309 constam como contrapartida da OCT no convênio nº 704047, ou seja, a contrapartida da OCT foi custeada com recursos do convênio 704309. Por outro lado, também verificamos que serviços informados como contrapartida no convênio 704309 foram pagos com recursos do convênio 704047". Também foram discriminados serviços dúplices relacionados à empresa Cinecultura, os quais devem ser glosados, tanto quando os relacionados às notas fiscais apresentadas pelo Pontão de Cultura Guaikuru (Id n. 257983724, pp. 59/60).



**MONTAGEM PROCESSUAL**

Com a finalidade de verificar a regularidade nas aquisições de bens e/ou contratações de serviços realizados pela Associação Cultural Oficina de Criação Teatral - OFT com recursos dos convênios celebrados, a AGU solicitou à entidade a documentação comprobatória das licitações realizadas nos Convênios ns. 704047/2009 (com o Ministério da Cultura), 704309/2009 (com a FUNAI) e 704410/2009 (com o Ministério do Turismo). As irregularidades apuradas foram as seguintes:

a) A empresa Cinecultura sagrou-se vencedora em certame que novamente contou com a participação de Ed-Som Produções e JM Sonorização. As duas últimas não têm como atividade econômica a locação de salas de exibição de filmes, um dos objetos da Carta Convite. Ademais, nas propostas apresentadas as três empresas indicaram as mesmas dimensões de sala de exibição, sinalizando conluio entre elas com o intuito de conferir aparência de legalidade à contratação da empresa vencedora (Id n. 257983725, pp. 1/6);

b) Em relação à Carta Convite n. 19/2009, que tem por objeto a cobertura fotográfica em 15 (quinze) localidades, incluindo aldeias indígenas e áreas rurais, acrescentou-se que Arte & Sonorização, empresa vencedora, concorreu novamente com Ed-Som e Jm Sonorização. As propostas apresentadas contém elementos coincidentes, a apontar elaboração conjunta. Ademais, a licitação resultou na contratação e/ou pagamento de associados e empresados do Pontão de Cultura Guaikuru (Id n. 257983725, pp. 6/11).

Anote-se que a denúncia não aponta irregularidade na celebração dos convênios e na liberação de recursos públicos ao Pontão de Cultura Guaikuru. No que diz respeito à exigência de licitação para a contratação de serviços, afirma-se na denúncia que nos termos do "Decreto Federal n. 6.170/2007, a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral não possuía a obrigação de realizar licitação para contratar serviços necessários ao evento, razão pela qual os fatos não podem ser enquadrados como crimes previstos na Lei n. 8.666/93" (Id n. 257984433, p. 5).

No que diz respeito à autoria delitiva, Júlio Cesar Pereira Moraes, na fase investigativa, afirmou ter constituído empresa para locação de estrutura para eventos. Em 2010, adquiriu a empresa Rocha & Carvalho Ltda., cujo objeto social era a locação de tendas. A denominação da empresa foi alterada para Moraes & Santos Ltda. Nega qualquer envolvimento com a elaboração de documentos fraudulentos em nome de Rocha & Carvalho Ltda., que prestou serviços para o Pontão de Cultura Guaikuru. Nega ter fornecido orçamentos de duas empresas diferentes para uma mesma cotação de preços. Recorda-se do evento Vídeo Índio Brasil, para o qual prestou serviço que não mais se recorda. Confirma como sendo sua a assinatura nos documentos que dizem respeito à empresa Júlio Cesar Pereira Moraes. Não contratou as fotógrafas Elis Regina e Vânia Jucá para a prestação de serviços no evento. Sobre as similaridades entre os diferentes orçamentos apresentados para a cobertura de vídeo e edição, disse que o contratante, nesse caso o Pontão de Cultura Guaikuru, indica qual empresa ou profissional será contratado e por vezes indica o preço a ser cobrado pela prestação do serviço. Não se recorda do caso concreto. O contratante não dá liberdade à empresa do depoente para escolher o profissional que prestará o serviço. Portanto, a única liberdade que a sua empresa tem é a de negociar o preço do serviço com a empresa ou a pessoa indicada, observada a condição do pagamento. Não tem conhecimento de quaisquer fraudes praticadas pelo Pontão de Cultura Guaikuru. Não considera fraude a prévia indicação do profissional. O con-



tratante faz essa indicação porque precisa de um profissional com uma qualificação específica e que atenda às suas necessidades (Id n. 257983727, pp. 23/26).

Sidney Loureiro Paulo declarou à Autoridade Policial ser sócio-proprietário de Ed-Som Produções Ltda. – EPP. Não participou diretamente das atividades Ed-Som no período de 2003 a 2010, pois arrendou o patrimônio da empresa para o seu sócio Alberto Heitor Alves Correa. À vista da nota fiscal emitida pela Ed-Som em decorrência de serviços prestados ao Vídeo Índio Brasil, disse que nesse tipo de evento normalmente o contratante tem um pacote pronto e informa os profissionais que a empresa contratada deve procurar. O Pontão de Cultura Guaikuru indicou as pessoas a serem contratadas, as quais informaram os valores que cobrariam pela prestação do serviço. O declarante fez os cálculos dos impostos e do seu lucro e apresentou um orçamento. Sobre a nota fiscal n. 949, que a Ed-Som emitiu, afirmou que foi um “dinheiro fácil” porque a sua empresa praticamente nada precisou fazer. O único serviço foi a emissão da nota fiscal, orçamento, parte tributária e pagamento dos profissionais. O seu lucro também foi bem pequeno. Pelo que se recorda, Belchior representou o Pontão de Cultura Guaikuru. Quando a CGU solicitou informações sobre os serviços prestados pela Ed-Som, o depoente entrou em contato com Belchior, que lhe informou os números dos telefones das pessoas que prestaram o serviço. Indagado sobre as declarações desses profissionais à CGU, segundo os quais não teriam sido pagos pela Ed-Som, disse que não se recorda de como foram feitos os pagamentos, talvez tenham sido realizados por seu sócio Alberto. Sobre as similaridades entre os orçamentos apresentados por diferentes empresas, afirmou que pode ser ocorrido de o Pontão de Cultura Guaikuru ter mandado por e-mail o orçamento quase pronto e pediu para ser preenchido. O Pontão informava previamente a sala de projeção, o preço e o profissional que faria a cobertura de vídeo. Nega ter apresentado orçamento fraudulento ou ter combinado preço com outros concorrentes (Id n. 257983727, pp. 27/28).

Na fase investigativa, Cleomilson Pereira de Assis aduziu ter conhecido Belchior em Brasília. Belchior desenvolvia projetos culturais. Em 2005, o depoente acompanhava os projetos do Cinecultura e, em 2007, tornou-se sócio dessa empresa que apresenta filmes de arte. Deixou a empresa após cerca de dois anos, pois a captação de recursos tornou-se difícil. Tinha amizade com Belchior e Andrea Escobar. Recorda-se de ter sido contratado pelo Pontão de Cultura Guaikuru para o Vídeo Índio Brasil. A iniciativa de contratar o Cinecultura foi de Andrea Escobar, que solicitou orçamento ao depoente. O Cinecultura tinha apenas uma sala de exibição de filmes de 35 mm, por isso as duas notas fiscais emitidas dizem respeito a uma mesma sala, porém os períodos e horários de exibição são diversos. Elaborou o orçamento no valor de R\$ 71.700,00 (setenta e um mil e setecentos reais). Recebeu o pedido de orçamento com descrições e termos digitados, o seu trabalho foi o de preencher os valores na tabela, com indicação da quantidade de dias, local, tempo de vídeo e demais informações necessárias ao cálculo do preço. No que diz respeito à especificação das dimensões da sala a ser locada, disse que corresponde à sala do Cinecultura. Não sabe dizer se há em Campo Grande outra sala de exibição com as mesmas dimensões ou capacidade. Essa indicação não resulta em direcionamento à sua empresa, pois as dimensões foram indicadas pelo Pontão de Cultura como sendo as mínimas necessárias para o evento. O Cinecultura executou os serviços contratados (Id n. 257983728, pp. 7/9).

Andrea Escobar Freire declarou em sede policial que, em 2009, a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral - Pontão de Cultura Guaikuru tinha cerca de quinze associados, sendo que oito ou nove atuavam diretamente nas atividades. Foi diretora do Pontão no período de 2005 a 2010. O evento Vídeo Índio Brasil tinha um valor global e contava com três fontes de financiamento, cada uma delas responsável por uma parte específica do projeto. A Aquidauana Viagens foi contratada e prestou os serviços de transporte e hospedagem. Não tem informações sobre os voos e as companhias aéreas que transportaram os convidados ou palestrantes. A hospedagem deu-se em vários hotéis, não sabe discriminar quais pessoas ficaram em quais hotéis. Recorda-se do Hotel Jandaia e do Hotel Internacional. Sobre a contratação de Rocha & Carvalho Ltda. pelo valor de R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais), disse que a empresa fez a cobertura fotográfica do evento. Os serviços foram realizados pelas fotógrafas Elis Regina e Vânia Jucá, conforme créditos ao final do documentário Vídeo Índio Brasil. Considera que a indicação de um perfil de profissional a ser contratado não resulta em direcionamento de concorrência pelo Pontão. Apenas buscavam a contratação de um profissional que atendesse às especificidades e necessidades do evento. No que diz respeito ao convênio com o Ministério do Turismo e os correspondentes orçamentos com termos similares das empresas Cinecultura, Ed-Som e JM, afirmou a depoente que inicialmente o Pontão pretendia exibir os filmes em um grande cinema de Campo Grande. Ocorre que os cinemas procurados não demonstraram interesse em participar de um evento não comercial, razão pela qual a depoente indicou a sala do Cinecultura. Outros espaços de Campo Grande poderiam ser contratados se atendessem às necessidades do evento. As dimensões da sala do Cinecultura foram usadas apenas como referência. O Pontão apresentou à CGU a relação dos profissionais contratados pela empresa Ed-Som. Não houve fraude na prestação de serviços por parte de funcionários do próprio Cinecultura. Considera não haver irregularidade na contratação de Belchior, pois na época ele não estava vinculado ao Pontão. Os recursos públicos foram integralmente empregados para a realização do evento (Id n. 257983728, pp. 10/15).

No inquérito policial, Ângela Miyuki Yasunaka Herradon afirmou que embora tenha se retirado de Aquidauana Viagens e Turismo, continua trabalhando na empresa, da qual também é procuradora. É servidora do INSS desde 1984, porém ficou afastada sem vencimentos por cerca de 15 (quinze) anos. O valor de R\$ 21.482,28 (vinte e um mil quatrocentos e oitenta e dois reais e vinte e oito centavos) é compatível com o preço de mercado para 23 (vinte e três) viagens aéreas de ida e volta no ano de 2009. A Aquidauana não foi comunicada sobre o fato de que a CGU solicitou, em 2012, informações sobre as hospedagens e as companhias que emitiram os bilhetes aéreos. Soube dessa exigência somente em abril de 2014. Como a Aquidauana tem vários funcionários, não sabe dizer de quem é a assinatura no recibo de R\$ 49.482,28 (quarenta e nove mil oitocentos e oitenta e dois reais e vinte e oito centavos). As notas fiscais dizem respeito apenas à comissão recebida pela Aquidauana, por isso os valores são diferentes daqueles que constam nas faturas. Não houve qualquer tratativa à parte para o retorno de valores ao Pontão de Cultura Guaikuru. Os valores foram efetivamente gastos com hospedagem, passagens aéreas e locação de vans (Id n. 257983728, pp. 18/20).

O Juízo *a quo* determinou a quebra do sigilo bancário da Associação (Id n. 2579832727, pp. 33/38) e dos investigados (Id n. 257983731, pp. 63/65).

Em Juízo, a testemunha Kamyla Simon Martins afirmou ter trabalhado na empresa Cinecultura, de Nilson Rodrigues da Fonseca, entre 2009/2010, no cargo de Secretária. Não participava das licitações nem elaborava contratos. Recebia as notas fiscais e efetuava os pagamentos. Recebeu informalmente um cachê de R\$ 300,00 (trezentos reais) por ter auxiliado na realização do projeto Vídeo Índio Brasil (Ids ns. 257984475 a 257985984).

Natália de Melo Cabral Monteiro, filha de Belchior Donizete Cabral, foi ouvida como informante. Afirmou ter trabalhado na produção de um vídeo, na condição de estagiária do Cinecultura. Também recebeu as pessoas durante a exibição do vídeo. Não estava obrigada a trabalhar, por ser estagiária da empresa. Recebeu ajuda de custo de R\$ 200,00 (duzentos reais). Não sabe dizer qual empresa fez o seu pagamento. Foram contratados projetistas, pipoqueiro etc. (Id n. 257984474).

A testemunha Franciane de Lima Gonçalves afirmou ter trabalhado para o Pontão de Cultura Guaikuru. Recebia salário mensal fixo de aproximadamente R\$ 600,00 (seiscentos reais). Trabalhou no projeto do Vídeo Índio Brasil e foi remunerada à parte. Não conhece a empresa Ed-Som. Foi convidada por Andrea para participar do projeto Vídeo Índio Brasil. Andrea e Belchior eram os administradores do Pontão de Cultura Guaikuru, Nilson era um dos organizadores do evento (Id n. 257985986).

A testemunha Alice Greffe declarou ter trabalhado no setor administrativo do Cinecultura. Não participou do projeto do Vídeo Índio Brasil. Não conhece a empresa Ed-Som (Id n. 257985987).

Em Juízo, a testemunha Elis Regina Cardeal Nogueira afirmou ter sido a 2ª tesoureira do Pontão de Cultura Guaikuru, durante duas gestões. Como fotógrafa, participou do Vídeo Índio Brasil, assim como a sua sócia Vânia Jucá. Ambas contrataram Kelly Fernandes, também fotógrafa, para ajudá-las. Trabalharam pelo menos 10 (dez) dias durante o evento, cobrindo diversos lugares de exibição, na capital e no interior. É sócia-proprietária de EV Imagens Ltda., empresa que fez toda a cobertura fotográfica do evento. A empresa foi contratada por Andrea e Belchior. Receberam R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pelo trabalho, valor depositado na conta corrente de EV Imagens Ltda. Não recebeu o valor diretamente do Pontão de Cultura Guaikuru, mas de uma outra empresa cujo nome não se recorda. Não conhece a Rocha & Carvalho Ltda. Trabalhou nas cinco edições do Vídeo Índio Brasil. Acredita que a sua empresa foi indicada para fazer a cobertura fotográfica porque já tinha experiência em eventos culturais e era especializada em fotografias indígenas. Nas cinco edições do projeto Vídeo Índio Brasil em que trabalharam, sempre receberam pagamento de empresas. Andrea e Belchior fizeram apenas a edição de 2009. É voluntária no Pontão da Cultura Guaikuru, local em que se reúnem para discutir projetos culturais em geral. O estatuto do Pontão de Cultura Guaikuru não impede que o voluntário preste esse tipo de serviço (Id n. 257985988).

A testemunha Vânia Paula Jucá Santos aduziu ter atuado como fotógrafa do Vídeo Índio Brasil, em conjunto com a sua sócia Elis Regina e uma outra fotógrafa que contrataram. Para fazer a cobertura fotográfica do evento, viajou para várias cidades do Mato Grosso do Sul. A sua empresa EV Imagens Ltda. fez toda a cobertura fotográfica. Acredita que foram indicadas porque já fizeram muitos

eventos culturais, inclusive participaram da primeira edição do Vídeo Índio Brasil. São especialistas em eventos indígenas, participaram de todas as cinco edições do Vídeo Índio Brasil. Foram contratadas pelo Pontão da Cultura Guaikuru, do qual não é associada. Não conhece a empresa Rocha & Carvalho Ltda. Receberam R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pelo trabalho fotográfico. Conhece Andrea e o Belchior, já fizeram muitos eventos culturais juntos. O Vídeo Índio Brasil foi um evento grande, vieram muitas pessoas do país e do exterior. Tiveram que trabalhar bastante, viajou de *van* para várias cidades do interior (Id n. 257985992).

A testemunha Gabriely Silva Barreto declarou ter sido uma das responsáveis pela recepção de pessoas no Vídeo Índio Brasil, que ocorreu no Cinecultura de Campo Grande e durou cerca de uma semana. Era funcionária registrada do Cinecultura e recebeu verba extra pelo seu trabalho. Recebeu cerca de 20% (vinte por cento) do seu salário. Não se recorda quem lhe pagou essa verba, talvez Carla Viegas, a coordenadora do Cinecultura. Os responsáveis pelo Cinecultura eram Cleomilson e Nilson. Não recebeu nenhum valor da Ed-Som, não se recorda de ter visto essa empresa no evento. O Pontão de Cultura Guaikuru era o responsável pelo Vídeo Índio Brasil, sendo representado por Andrea e Belchior. Relatou a presença de convidados ilustres que prestigiaram o evento (Ids ns. 257986287 a 257989291).

A testemunha Eliel Benites participou da oficina de cinema indígena com os professores de Campo Grande e de outros lugares. É indígena de Caarapó (MS). Outros indígenas da mesma localidade também foram ao evento, inclusive fizeram uma apresentação. Viajaram de ônibus. Houve exibição de filmes e debates. Indígenas de outros países estavam presentes. Os jovens indígenas tiveram aulas de cinema. Não conhece Cleomilson Pereira de Assis nem Nilson Rodrigues da Fonseca (Ids ns. 257986292 e 257986295).

A testemunha Jucimara Pedroso da Silva afirmou conhecer Ângela Miyuki desde agosto de 2010, sobre a qual nada de desabonador tem a dizer (Id n. 257986299).

A testemunha Rosemeire Oshiro disse ter trabalhado no setor administrativo da empresa de Ângela Miyuki. Recorda-se de que Ângela participava de diversos eventos, embora não possa indicar expressamente que tenha participado do Vídeo Índio Brasil. Nada sabe que desabone a conduta de Ângela (Id n. 257986303).

A testemunha Marcelo Souza Sanchin trabalhou com Sidney Loureiro Paulo em 1997. Após, foi prestar serviços em outra empresa, retornando em 2011. Nada sabe que possa desabonar a conduta do réu (Id n. 257986306).

A testemunha Laura Juliana Iorio Leite afirmou ter trabalhado na empresa de Ângela Miyuki no período de 2003 a 2010. Recorda-se de um evento, em 2009, que envolvia indígenas. Foram expedidas passagens aéreas e terrestres. Desconhece fatos que desabonem a conduta de Ângela (Id n. 257986309).

A testemunha Alberto Heitor Alves Correia esclareceu ter trabalhado na parte técnica da empresa Ed-Som. A emissão de notas fiscais competia a Júlio César (Id n. 257986320).

A testemunha Ademar da Silva Ferreira afirmou ter trabalhado na empresa de Júlio Cesar. Deve ter participado do Vídeo Índio Brasil, eram muitos os eventos, por isso não se recorda de detalhes. Era o responsável pela operação sonora. Desconhece fatos que possam desabonar a conduta de Júlio César (Id n. 257986323).

A testemunha Carlos Adalberto Pereira Porto participou do Vídeo Índio Brasil. O auditório estava sempre lotado, um grande evento cultural. Conhece Nilson apenas profissionalmente. Não teve conhecimento de irregularidades na realização do evento, apenas assistiu as apresentações. Andréa e Belchior, pelo que sabe, são produtores culturais (Id n. 257986325).

A testemunha Bruno Damus trabalhou no Vídeo Índio Brasil por cerca de 30 (trinta) a 40 (quarenta) dias. Fez todas as planilhas do evento, até mesmo nas aldeias de Campo Grande. O evento estendeu-se por 6 (seis) cidades, vieram pessoas de fora do Brasil. Foi contratado por uma empresa cujo nome não se recorda. Não gerenciava os recursos financeiros. O Cinecultura era um espaço próprio para o evento. Desconhece irregularidades relacionadas ao evento (Id n. 257986327, 1ª parte).

A testemunha Dionedson Demécio Candido afirmou ter participado do curso de audiovisual do Vídeo Índio Brasil, organizou grupos indígenas nas apresentações de dança e na construção de uma oca em frente ao local do evento, com material buscado nas próprias aldeias. Foram cerca de 10 (dez) dias de programação. Receberam R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a construção da oca. Vieram indígenas de várias etnias, inclusive do exterior. Foi um trabalho fundamental para os indígenas, o Mato Grosso do Sul é um dos Estados que mais viola os direitos dos indígenas. Nada ouvir dizer sobre desvios de recursos durante o evento (Ids ns. 25796327, 2ª parte, e 25796328).

A testemunha Thaís Pompeo trabalhou na logística do Vídeo Índio Brasil. É produtora cultural. Nesses tipos de eventos, os trabalhos começam com meses de antecedência e envolvem muita gente. Recebeu cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por mês. Foi contratada por uma empresa cujo nome não se recorda. O Cinecultura era um espaço menor, estava ligado ao evento. Nada viu de estranho no que diz respeito aos recursos envolvidos no projeto. Os deslocamentos internos eram feitos por ônibus e vans. Foi indicada para o trabalho por Andrea, para a empresa que a contratou (Id n. 257986448).

A testemunha Pedro César Kemp Gonçalves afirmou ter participado do Vídeo Índio Brasil. Foi convidado para um debate, apresentação de vídeos e exposição de fotos de indígenas. Projeto bastante amplo, com apresentações em Campo Grande e no interior. O objetivo era divulgar a cultura indígena e também apontar os problemas enfrentados. Participaram lideranças indígenas do país e do exterior. Conhece Andrea e Belchior, ambos desenvolvem trabalho na área da cultura há muito tempo. Sempre teve boas informações sobre o trabalho por eles desenvolvido. Conheceu Nilson em atividades culturais, nada sabe sobre fatos que possam desabonar a conduta dele (Id n. 25798654).

A testemunha Eurídio Bem-Hur Ferreira participou como espectador do Vídeo Índio Brasil. Era amigo do Cinecultura. Não sabe dizer o montante de recursos públicos recebidos para o desenvolvimento do projeto nem como foram aplicados. Foi um projeto amplo, vieram pessoas de fora do país. Acredita que o evento ocorreu no Cinecultura porque era um ambiente mais flexível e adequado para debates. Houve apresentação de filmes e mesas redondas. Nilson Rodrigues da Fonseca promoveu diversas atividades culturais do Estado, por esse motivo é conhecido (Id n. 257986455).



A testemunha Dulce Lopes Barboza Ribas afirmou ser professora universitária aposentada. Conhece Andrea Escobar Freire há bastante tempo, sabe que Andrea é produtora cultural e professora de teatro. Participou como espectadora do Vídeo Índio Brasil. Esteve em algumas oficinas, assistiu filmes, foi a debates e exposição fotográfica. Acabou inclusive participando de uma das mesas redondas. Indicou alguns jovens indígenas para oficinas audiovisuais. Valeu-se dos vídeos relacionados aos indígenas para ministrar aulas na UFMS. Houve apresentações em vários locais. Nada sabe dizer sobre contratações nem sobre aplicação do dinheiro do projeto (Id n. 257986456).

A testemunha Márcia Rolon foi incumbida de receber o evento no Moinho Cultural de Corumbá. Houve participação de indígenas e apresentação de vídeos. Diversas pessoas participaram, inclusive de outros países. Não teve acesso às contratações e nada sabe dizer sobre a aplicação das verbas recebidas. Andrea Escobar Freire é uma excelente profissional do teatro. Conhece os acusados Belchior Donizete Cabral e Nilson Rodrigues da Fonseca, da área cultural do cinema. Nada sabe que possa desabonar a conduta dos acusados (Ids ns. 257986457 e 257986458).

A testemunha Staley Livingstone Whibee participou do Vídeo Índio Brasil. Acompanhou as oficinas e foi a uma aldeia indígena em Campo Grande, local em que houve apresentação de filmes, realização de palestras e oficinas. Participou da exposição de filmes no Cinecultura. As suas despesas de transporte, hospedagem e alimentação foram custeadas pelo evento. Nada sabe dizer sobre o orçamento do projeto. Os transportes eram realizados por *vans*. Conhece Andrea e Belchior como artistas e produtores culturais. Considera que o projeto foi de grande qualidade. Foi funcionário da Funarte por mais de 20 (vinte) anos (Ids ns. 257986460 e 257986461).

A testemunha Pedro Sérgio Lima Ortale aduziu ter sido um dos palestrantes do Vídeo Índio Brasil. Era coordenador de artesanato da Funai, por ele representada no evento. Não tem conhecimento de desvio de verbas. Participou do evento por 3 (três) dias, em Campo Grande e Bonito. Deslocou-se para Bonito de carro. Não acompanhou os desdobramentos da prestação de contas. Conhece Andrea e Belchior há muitos anos, são produtores culturais qualificados. Nada tem a dizer sobre fatos que possam desabonar a conduta de ambos (Ids ns. 257986462 e 257986463).

A testemunha Américo José Cordula Teixeira conhece Andrea e Belchior desde 2006. Em 2009, ocupava o cargo de Secretário de Identidade e Diversidade Cultural do Ministério da Cultura. O Vídeo Índio Brasil deu-se em razão de um convênio firmado para mostra de filmes, oficinas e exposições em Campo Grande e nas aldeias indígenas circundantes. Não participou do evento, foi representado por um assessor. A prestação de contas foi aprovada no que diz respeito ao repasse de recursos realizado pelo Ministério da Cultura, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Na época não havia o sistema de controle de contas chamado SDP, que faz o controle por meio do canhoto da passagem aérea. Exigia-se a apresentação do que foi gasto, a origem das pessoas, a hospedagem, as fotografias. Equipes acompanhavam e monitoravam o evento, ou seja, se as oficinas foram realizadas, se as pessoas estavam presentes etc. (Ids ns. 257986464 e 257986465).



A testemunha Joel Pizzini Filho afirmou ter participado de oficinas do Vídeo Índio Brasil, evento grande que durou 2 (duas) semanas e que mobilizou a comunidade indígena. Compareceram muitas pessoas de fora do país. Fez o trabalho de capacitação dos indígenas. Conhece Andrea e Belchior há muito tempo e nada sabe dizer que desabone a conduta de ambos (Id n. 257986466).

A testemunha Márcio Rogério Pereira de Camillo recorda-se do evento que ocorreu no Cinecultura. Participava da Associação Amigos do Cinecultura. O festival movimentou muita gente, havia palestras, exibição de filmes, debates etc. Frequentou o evento como espectador, é produtor cultural em São Paulo. O Cinecultura não tem natureza comercial, por isso o festival apenas poderia ocorrer ali. Nada sabe dizer sobre o gerenciamento dos valores recebidos para o desenvolvimento do projeto (Ids ns. 257986468, 257986477, 257986802).

A testemunha José Luiz de Almeida atuou como coordenador técnico de projeção no Vídeo Índio Brasil. Trabalha como *freelancer*. Não se recorda do valor que recebeu (Ids ns. 257986820 e 257986886).

A testemunha Ido Luiz Michels, professor universitário, participou como espectador de algumas etapas do Vídeo Índio Brasil, que foi bastante divulgado. Recorda-se de Marcos Terena, além de outra liderança indígena de Minas Gerais. Conhece os acusados Cleomilson e Nilson, em especial o último porque desenvolvia diversas atividades culturais na região (Id n. 257989887).

A testemunha Mariano Justino Marcos Terena declarou ter participado do Vídeo Índio Brasil, como indígena do Mato Grosso do Sul. Acredita que foi um dos trabalhos mais importantes para a superação do preconceito contra indígenas. Participou do evento mais como espectador e fez parte de alguns debates. Havia pessoas de outros países. Deu uma palestra em Bonito. Conhece Nilson, ele mora em Brasília. Também conhece Andrea e Belchior. Nada sabe que possa desabonar a conduta dos acusados (Ids ns. 257986888 a Id n. 2579868900).

A testemunha Carlos Tenório trabalhava na empresa de Júlio César, seu ex-cunhado. Não participava diretamente dos eventos realizados pela empresa, eram muitos e em diferentes áreas. Conhece a empresa Ed-Som, cujo proprietário é "Sidão" (Id n. 257986324).

Em interrogatório judicial, Andrea Escobar Freire declarou que a empresa Rocha & Carvalho participou da licitação para a cobertura fotográfica do Vídeo Índio Brasil. A empresa poderia contratar qualquer fotógrafo para prestar o serviço, porém solicitaram a indicação de um profissional que tivesse o perfil necessário, já que o trabalho era muito específico e ligado à cultura indígena. O profissional deveria inclusive ir às aldeias indígenas. Elis Regina é da Associação Oficina de Criação Teatral, especialista na área de fotografia indígena e bastante conhecida por seu trabalho, razão pela qual foi indicada. Segundo o estatuto do Pontão de Cultura Guaikuru, art. 14, parágrafo único, os associados não poderiam ser remunerados, porém consideraram que essa vedação não impedia a prestação de serviços profissionais remunerados pelo associado. Não houve desvio de recursos, Elis Regina foi contratada pela empresa, prestou serviço e foi remunerada por eles. No que diz respeito aos fatos que envolvem Aquidauana Viagens e Turismo (hospedagem de palestrantes, transporte aéreo e terrestre), também houve efetiva prestação de serviços. Os Ministérios não pediram a anotação das

placas das *vans* que fizeram os traslados. Tempos depois a CGU exigiu esses documentos, o Pontão de Cultura Guaikuru já estava encerrando o seu espaço físico. As placas dos veículos que haviam realizado os transportes haviam sido anotadas informalmente, dada a inexistência de exigência à época do evento, por isso pode ter havido equívocos ou insuficiência de informações. Quanto à afirmação da CGU de que foi apresentada nota fiscal vencida, não tem conhecimento. Pode ser que o Pontão de Cultura Guaikuru não tenha atentado para a validade da nota fiscal. Houve prestação de contas e aprovação pelos Ministérios financiadores do evento. Portanto, não procede a alegação de desvio de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais). A CGU pediu a lista de hóspedes e os bilhetes aéreos. A lista de hóspedes foi informada, com indicação das datas de chegada e partida, porém não puderam apresentar os bilhetes aéreos porque não tinham mais os dados. Reiteram que essas informações não constavam da lista de documentos indicados nos convênios celebrados com os Ministérios, por isso a Aquidauana não reteve os documentos. Quanto ao terceiro fato indicado na denúncia, não houve desvio de R\$ 73.000,00 (setenta e três mil reais), os serviços de traslados por *vans* foram prestados. As *vans* circularam por Campo Grande e interior do Estado. O evento ocorreu em 7 (sete) cidades, 19 (dezenove) indígenas foram trazidos de diferentes regiões, hospedaram-se e alimentaram-se em Campo Grande. O Vídeo Índio Brasil ocorreu em agosto de 2009, os Ministérios informaram a aprovação das contas em 2010. Quanto à Funai, ficaram sabendo, em 2012, que o Pontão havia sido colocada em uma lista de inadimplentes. A depoente foi a Brasília para entender o que havia ocorrido. Por fim, a própria Funai reconheceu a regularidade das contas e o Pontão foi excluído do cadastro de inadimplentes. Sobre o quarto fato indicado na denúncia, nega ter havido desvio de R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil e cem reais). Os fatos são os mesmos, ou seja, dizem respeito a serviços efetivamente prestados pela Aquidauana Viagens e Turismo. Nega o desvio de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) do convênio. Os valores foram liberados com pouca antecedência em relação às datas do evento, os prazos eram pequenos. A empresa vencedora da licitação poderia contratar o profissional que quisesse, dentro do perfil indicado e de fato houve indicação de profissionais habilitados para a prestação dos serviços. A preocupação era com a qualidade do evento, os profissionais indicados tinham trabalhos reconhecidos nas áreas necessárias. Não houve intenção de beneficiar as pessoas do Pontão ou do Cinecultura e aqueles que prestaram serviços eram poucos em face do grande número de pessoas contratadas. Não houve desvios, os serviços foram prestados por todas as pessoas contratadas. Quando a CGU requisitou os documentos, deu ao Pontão o prazo de apenas 3 (três) dias, por isso houve alguns equívocos. Os funcionários do Cinecultura que foram contratados prestavam serviço no local em que ocorreria o evento, por isso a adequação da contratação. Havia a função de auxiliar de produção, que é um tipo de serviço pequeno, nessa condição alguns funcionários do Cinecultura foram contratados. Seria um adicional ao trabalho que eles já faziam no Cinecultura. Sobre o sexto fato referido na denúncia, desvio de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), reiterou a depoente que os serviços foram prestados. O Cinecultura tem apenas 1 (uma) sala. Quando apresentaram o projeto aos Ministérios e à Funai, o valor era de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais). Houve, ainda, necessidade de contrapartida de R\$ 25.000,00 (vinte

e cinco mil reais) para o Ministério da Cultura, de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para o Ministério do Turismo e de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para a Funai. Quando celebraram os convênios, foi determinada a especificação do valor que cada um deles pagaria. Assim, a sala do Cinecultura foi paga em parte pelo Ministério da Cultura e em parte pelo Ministério do Turismo. Portanto, não se trata de pagamento em duplicidade. Em relação ao sétimo fato indicado na denúncia, nega ter havido formação de quadrilha para o cometimento de crimes. Por exemplo, sequer conhecia o Sidney. Na condição de presidente do Pontão, considerou importante fazer as licitações, ainda que elas não fossem necessárias. Nunca tinham feito licitação, pediu orientação à Fundação de Cultura do Estado, pegou na *internet* modelos de editais de licitação para a cultura. As empresas concorrentes apresentaram orçamentos. Considera que os termos dos orçamentos eram parecidos porque as empresas transcreveram as exigências indicadas pelo Pontão. Os termos do modelo não indicavam valores. Alguns dados haviam sido apresentados pelas empresas quando o Pontão fez a cotação de preços para poder apresentar o plano de trabalho aos Ministérios. Depois de aprovado o projeto, o Pontão começou o processo de licitação. No seu entendimento, esse procedimento não resulta em licitação falsa. O seu marido Belchior trabalhava em outro Estado quando houve o primeiro contato com os Ministérios. Quando já estava garantido o financiamento do evento, Belchior retornou a Campo Grande e contribuiu para o evento. Ele se desligou do Pontão e do Cinecultura porque havia sido chamado para ser assessor na ANCINE. Ao retornar a Campo Grande, Belchior passou a cuidar mais diretamente dos detalhes administrativos e também da área pedagógica do evento, recebeu cerca de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). A depoente nada recebeu pela coordenação do evento. Antes dos fatos, a depoente não tinha proximidade nem com a Aquidauana nem com Ângela. A empresa foi contratada porque apresentou o preço mais baixo. Sobre a Associação Cultural (Pontão de Cultura Guaikuru), disse que foi um projeto apresentado por conta de um edital lançado pelo Ministério da Cultura para a criação de pontos de cultura. Sobre as duas fotografias contratadas, sabe que contrataram outras pessoas, o evento era muito grande. É possível que parte das fotografias indicadas pela CGU digam respeito aos outros profissionais contratados. A publicidade das licitações deu-se pela afixação dos editais no mural da Associação, em locais com grande fluxo de pessoas. Só em Campo Grande, foram 7 (sete) pontos de exibição de filmes em diferentes comunidades ou associações, além do Cinecultura. Sobre o acusado Nilson Rodrigues da Fonseca, disse a depoente que não estava ligado ao Cinecultura à época do Vídeo Índico Brasil. Nilson havia sido um dos idealizadores da versão anterior do evento e foi convidado como palestrante pelo Pontão de Cultura Guaikuru. O representante legal do Cinecultura era Cleomilson Pereira de Assis. A sua ligação com Nilson Rodrigues da Fonseca sempre foi de trabalho, ficaram muito tempo sem contato porque ele foi para a ANCINE. Conheceu Júlio César Pereira de Moraes porque a empresa dele prestava serviços para o Festival de Inverno de Bonito, as relações mantidas eram estritamente profissionais, a depoente também trabalhou no Festival (Ids ns. 257986891 a 257986904).

Em interrogatório judicial, Ângela Miyki Yasunaka Herradon afirmou que Aquidauana Viagens e Turismo prestou serviços para os quais foi contratada. Não tem conhecimento de faturas com prazos de validade vencidos. As *vans* foram

locadas e os bilhetes aéreos foram emitidos, assim como houve hospedagem dos participantes do Vídeo Índio Brasil. A funcionária Laura Iorio, da Aquidauana Viagens, cuidou dessa conta. Paulo Bragantini, da Associação Cultural, fazia o contato com a Aquidauna. Os contatos eram feitos por *e-mail*. Para a licitação, faz-se uma estimativa dos valores das passagens, porém quando da futura emissão, pode fazer diferença de valores. Muitas vezes o evento está acontecendo e a licitação ainda está sendo finalizada, por isso o fato de a prestação do serviço ter se iniciado na mesma data da assinatura do contrato não resulta em irregularidade ou ausência de efetiva prestação do serviço. Não se associou aos demais acusados para a prática de crimes. Dentre os acusados, conhece apenas Belchior e Andrea. Quando o evento terminou, a depoente prestou contas ao seu contratante, ou seja, ao Pontão de Cultura Guaikuru (Id n.257986909).

Em interrogatório judicial, Belchior Donizete Cabral afirmou ser produtor cultural. Não desviou R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais) do convênio. A empresa Rocha & Carvalho foi contratada para a cobertura fotográfica do evento e, por sua vez, contratou as fotógrafas Elis Regina e Vânia Jucá para a prestação do serviço. O fato de ambas terem contratado outro profissional para ajudá-las na cobertura fotográfica não resulta na ausência de prestação do serviço pela empresa contratada. Vânia Jucá não era associada do Pontão de Cultura Guaikuru. Elis Regina era associada, mas consideraram que a limitação estatutária restringia-se à não remuneração dos cargos da diretoria, do conselho fiscal e das atividades dos associados. Projetos da entidade não são projetos pessoais, por isso entenderam que não havia limitação de remuneração do associado no caso específico. Quanto ao segundo fato indicado na denúncia, não é verdade que houve desvio de R\$ 49.400,00 (quarenta e nove mil e quatrocentos reais). Houve efetiva prestação de serviços por Aquidauana Viagens. O Ministério da Cultura, o Ministério do Turismo e a Funai, na prestação de contas, exigiam apenas a apresentação da documentação fiscal. Por isso os documentos posteriormente requeridos pela CGU, tais como bilhetes aéreos e registros dos hotéis, não puderam ser apresentados. Houve, porém, comprovação da presença das pessoas no evento. No que diz respeito ao terceiro fato, também não houve desvio de R\$ 73.000,00 (setenta e três mil reais). Como ocorreu anteriormente, a empresa Aquidauana foi contratada e prestou os serviços. Todas as prestações de contas foram aprovadas, inclusive pela Funai, que inicialmente havia colocado a Associação em cadastro de inadimplentes. Quanto ao quarto fato, desvio de R\$ 32.100,00 (trinta e dois mil e cem reais), houve efetiva prestação de serviços por Aquidauana Viagens. Em relação ao quinto fato, afirmou o depoente que ao pagar o fornecedor, verificava junto aos produtores se o serviço havia sido realizado. Não houve desvio ou apropriação de recursos. O Vídeo Índio Brasil foi sendo pensado e realizado após conversas com os Ministérios, porém os recursos foram liberados às vésperas do evento. Teve uma função remunerada de coordenador pedagógico, para treinamento de pessoas de diversas cidades que iriam a Campo Grande fazer mediações das sessões e debates. Fora essa função, coordenou o evento em conjunto com Andrea. No que diz respeito ao Cinecultura, também não houve desvio de R\$ 52.800,00 (cinquenta e dois mil e oitocentos reais). A empresa Ed-Som foi efetivamente contratada. Alguns prestadores de serviços do Cinecultura foram contratados, com remuneração à parte, receberam em torno de R\$ 500,00 (quinhentos reais) bruto. Portanto, não é verdade que

por serem funcionários do Cinecultura não receberam pagamento específico pelo trabalho durante o evento. Afastou-se da diretoria da Associação Cultural e assim permaneceu até o final de 2011. O afastamento foi registrado em ata da Associação e registrado em Cartório. Quanto ao sexto fato referido na denúncia, nega que tenha havido desvio de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), verba referente à contratação do Cinecultura. Os valores da locação da sala de exibição do Cinecultura foram desmembrados para cada um dos convênios. Houve exibição de filmes digitais e de 35 mm, o que exigiu a montagem de equipamentos diferentes de exibição. Por isso pareceu haver locação de diferentes salas do Cinecultura, quando na realidade havia apenas uma sala no local. Antes de assinar o convênio, foram feitos orçamentos junto às empresas, por isso chegou-se ao montante de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais). Por fim, quanto ao sétimo fato referido na denúncia, nega a associação com os demais acusados para a formação de quadrilha. Sequer conhecia alguns dos acusados, como Sidney, por exemplo. Admite que houve erros, por ser o primeiro projeto, mas não houve intenção de fraude nem conluio. Foram gastos bem mais que os R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) dos convênios. Tiveram que tirar dinheiro do próprio bolso para cumprir os compromissos, especialmente em relação às passagens aéreas. Os editais foram publicados no quadro de avisos da Associação Cultural. O evento ocorreu em 7 (sete) cidades, com transporte de indígenas de diferentes localidades. Não percebeu a existência de notas fiscais vencidas, emitidas por Aquidauana Turismo. Os valores dos convênios foram liberados bem próximo, durante e após o evento, por isso alguns prestadores de serviços receberam posteriormente. As informações prestadas à CGU não puderam ser reunidas em sua totalidade porque a Associação Cultural estava em processo de encerramento quando as solicitações foram feitas (Ids ns. 257986919 a 257986923).

Em interrogatório judicial, Júlio César Pereira de Moraes afirmou trabalhar com terraplanagem. A sua empresa Rocha & Carvalho realizou o serviço de cobertura fotográfica para a qual foi contratada. Participou de cotação de preços, recebeu um modelo e o usou para responder. Não tinha conhecimento de que se tratava de verba federal. Não participou da elaboração do projeto da Associação Cultural nem desviou quaisquer valores. Não estava presente no dia da abertura da carta convite. A fotógrafa Elis Regina foi contratada por ser uma profissional renomada. Elis Regina trabalha com uma parceira. O depoente conhecia Elis Regina de vista, devido a outros eventos culturais para os quais prestou serviço. Não se associou aos demais acusados para a prática de delitos. Conhece profissionalmente Andrea e o Belchior. É parceiro comercial de Sidney. Conhece os demais acusados apenas de vista. Nesse tipo de evento é comum a contratação de outras empresas para a realização dos serviços. Participou de uma cotação de preços, foi contratado por uma instituição privada e recebeu apenas o dinheiro pelos serviços prestados. Não havia informação de que não poderia terceirizar os serviços. Não conhece a Aquidauana Turismo (Ids ns. 257986925 e 257986926).

Em interrogatório judicial, Cleomilson Pereira de Assis afirmou que Andrea solicitou-lhe a apresentação de orçamento para a realização da mostra de filmes do Vídeo Índio Brasil. Fizeram uma proposta e, após, Andrea retornou com o pedido de formalização para a realização do trabalho, ou seja, locação do Cinecultura e de seu corpo técnico. Algumas pessoas que prestavam serviços no Cinecultura



trabalharam no evento, porém de modo facultativo, fora do horário de expediente e mediante o pagamento de verba extra. Dentre as pessoas do Cinecultura que prestaram serviços no evento, apenas Gabriele era funcionária contratada. Natália era estagiária e as demais pessoas atuavam por projetos. Foram contratadas outras equipes técnicas para cobrir todos os três períodos da mostra. A locação da sala de cinema e salas de apoio, locação de equipamentos, serviços de montagem e desmontagem de equipamentos, além de corpo técnico, deu-se por cerca de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais). O Cinecultura não recebeu valores em duplicidade pela locação de uma mesma sala de exibição, como afirmou a CGU. O orçamento era geral, porém Andrea pediu posteriormente que os serviços fossem discriminados em notas distintas, era uma exigência dos próprios convênios. Houve locação de equipamentos em formato digital e equipamento para filmes de 35 mm. Não houve locação de duas salas quando na verdade se tratava de apenas uma. Os equipamentos locados eram distintos, assim como os períodos do dia. Não se associou aos demais acusados para a prática de crimes. Conheceu Nilson Rodrigues da Fonseca por conta da participação em eventos culturais. Passou a trabalhar com ele na realização de projetos. posteriormente tornaram-se sócios na produtora. Não são mais sócios, porém continuam amigos. Não é vinculado a Nilson, vale dizer, "laranja" de Nilson no Cinecultura. Conhece Belchior, Andrea e Júlio Cesar. Não conhece os demais acusados (Id n. 257986926).

Em interrogatório judicial, Nilson Rodrigues da Fonseca negou os fatos que lhe são imputados. Foi diretor da ANCINE por 4 (quatro) anos e nesse período não fazia parte do Cinecultura, passou as suas cotas para Cleomilson. Participou do Vídeo Índio Brasil apenas como palestrante, sem remuneração. Já não estava na ANCINE nessa época. Reassumiu o Cinecultura posteriormente, é um projeto do qual participou desde o início. Não se associou aos demais acusados para cometer crimes. Além de Cleomilson, conhece Andrea, Belchior e Júlio César. Não conhece os demais acusados (Id n. 257986927).

Em interrogatório judicial, Sidney Loureiro Paulo afirmou que não esteve em Campo Grande durante quase todo o ano de 2009, por essa razão não tem conhecimento direto dos fatos que lhe são imputados. A sua empresa Ed-Som estava sob os cuidados de Alberto Heitor Alves Correa, o outro sócio. Dentre os acusados, conhece Júlio César. Após algum tempo, o depoente passou a fazer alguns serviços em parceria comercial com Júlio César. No período do Vídeo Índio Brasil, a Ed-Som estava sob os cuidados de seu sócio, conforme anteriormente referido. Júlio César tinha autorização para vender os serviços da Ed-Som como parte de um pacote, ficando responsável pela iluminação. Não conhece os demais acusados (Id n. 257986928).

Depreende-se da análise dos autos de que não há prova de que os réus se valeram de documentos falsos ou de fraude para o desvio de recursos públicos.

O primeiro fato referido na denúncia é o desvio de R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais) provenientes do Convênio 704410/2009, celebrado com o Ministério do Turismo. A empresa Rocha & Carvalho, contratada para a cobertura fotográfica do evento, não prestou o serviço e apresentou nota fiscal fria. A CGU concluiu que *"as fotografias elencadas foram tiradas por outras pessoas que não aquelas vinculadas à ONG e que a contratação fraudulenta apenas serviu para a apresentação de nota fiscal fria (Id n. 257983724, pp. 35/40)"*.



Ocorre que a prestação do serviço restou comprovada em Juízo. Nesse sentido, os depoimentos das testemunhas Elis Regina Cardeal Nogueira e Vânia Jucá, que realizaram a cobertura fotográfica do evento e afirmaram terem contratado Kelly Fernandes para ajudá-las. Em interrogatório judicial, Andrea Escobar esclareceu ter indicado os serviços de Elis Regina por se tratar de fotógrafa especializada na temática indígena, o que foi corroborado pelo corréu Júlio César Pereira de Moraes, proprietário de Rocha & Carvalho Ltda., empresa contratada pelo Pontão de Cultura Guaikuru para a prestação dos serviços. A circunstância de a empresa Rocha & Carvalho ter sido contratada e os créditos finais do documentário serem para as fotógrafas Elis Regina e Vânia Jucá não resulta na apresentação de documentação fraudulenta para a prestação de contas.

Portanto, sem prejuízo da apuração de ilícito civil decorrente de eventual irregularidade na cotação prévia de preços prevista nos convênios, deve-se concluir que não restou provada a conduta dolosa dos réus para o desvio de recursos públicos.

O segundo fato apontado na denúncia é o desvio de R\$ 49.482,28 (quarenta e nove mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e vinte e oito centavos), provenientes do Convênio n. 704047/2009, celebrado com o Ministério da Cultura. A denúncia reporta-se à auditoria da CGU, segundo a qual os documentos não são suficientes à integral comprovação de gastos com hospedagem (R\$ 28.000,00). A fatura constante da prestação de contas discrimina os serviços prestados e o Pontão de Cultura Guaikuru indicou os nomes dos passageiros e os trechos voados, porém a CGU considerou necessária a apresentação de bilhetes aéreos, *tickets* ou declaração das empresas aéreas. No que toca aos valores gastos com hospedagem, afirmou a CGU que “faltou a comprovação documental através de lista de hóspedes, declaração de hotéis e outros elementos que atestem que os serviços foram executados e pagos com recursos do convênio em questão. *Ademais, “a entidade não apresentou o contrato celebrado com a empresa Aquidauana, de modo que a CGU concluiu que também deve ser glosado o valor apresentado a título de gastos com passagens aéreas, no total de R\$ 21.482,20 (vinte e um mil, quatrocentos e oitenta e dois reais)” (Id n. 257983724, pp. 23/24) (Id n. 257983724, pp. 22/24).*

Em que pese os elementos apresentados pela CGU possam ser considerados como indícios de irregularidades na cotação prévia de preços, é plausível a alegação de Andrea Escobar de que, dado o tempo transcorrido (cerca de 2 anos após a realização do evento), e por não se tratar de documentos exigidos para a prestação de contas, não foi possível a apresentação dos bilhetes aéreos, lista de hóspedes ou declaração de hotéis. Houve efetivo pagamento à Aquidauna Viagens e Turismo, conforme se verifica da Informação Policial n. 3/14 (Id n. 257983730, p. 2) e a denúncia não aponta irregularidade na movimentação bancária apurada a partir da quebra de sigilo bancário dos acusados. Portanto, deve-se concluir que a acusação não se desincumbiu do ônus de demonstrar que os réus se valeram de meios fraudulentos para dolosamente fraudar a execução do projeto e desviar recursos públicos.

O terceiro fato imputado aos acusados é o desvio de R\$ 73.160,00 (setenta e três mil cento e sessenta reais), provenientes do Convênio SICONV n. 704309/2009, celebrado com a Funai. Segundo a denúncia, Andrea Escobar e Ângela Miyuki contaram com a participação de Júlio César e Sidney Loureiro para forjar a Carta Convite n. 9/2009, na qual foi vencedora Aquidauana Viagens e Turismo.

A CGU considerou, a partir da análise do contrato celebrado com a Aquidauana, que a fatura no valor de R\$ 73.160,00 (setenta e três mil cento e sessenta reais) resulta de uma “situação atípica vez que, como é de conhecimento notório, os preços das passagens aéreas variam muito em decorrência da concorrência, período da viagem, tarifas de embarque e com certeza os preços praticados e cobrados previstos no Contrato nº 003/2009 – OCT/Aquidauana não se manteriam, seja com por acréscimo ou redução de valor”. Em razão da ausência de comprovação documental, concluiu que deve ser glosado a totalidade dos gastos com passagens aéreas, descrito na Fatura nº 2573 de 08/09/2009, no valor de R\$ 16.040,00” (Id n. 257983724, p. 26).

A conduta delitiva é similar à anteriormente deduzida na denúncia e do mesmo modo deve-se concluir que a acusação não se desincumbiu do ônus de demonstrar que os réus se valeram de meios fraudulentos para dolosamente fraudar a execução do projeto e desviar recursos públicos.

O quarto fato elencado na denúncia diz respeito ao desvio de R\$ 32.1000,00 (trinta e dois mil reais) provenientes do Convênio SICONV n. 704410/2009, celebrado com o Ministério do Turismo. Na Carta Convite n. 17/2009 sagrou-se vencedora a Aquidauana Viagens e Turismo, para prestar serviços de hospedagem, locação de vans e traslados. A CGU afirmou que o Pontão de Cultura Guaikuru apresentou “relação dos beneficiários das passagens aéreas, de parte dos hóspedes e dos traslados e os trechos atendidos por serviços de transporte. No entanto, não há qualquer evidência da efetiva prestação dos serviços, uma vez que não há comprovantes de embarques das passagens aéreas adquiridas, declaração das empresas aéreas, controle de deslocamentos e/ou abastecimento dos veículos locados, registro de hospedagem em hotéis ofertados, dentre outros documentos que evidenciem a efetiva prestação dos serviços contratados. Conclui-se, portanto, que deve ser glosado a totalidade dos valores da Fatura nº 2587, de 14/09/2009, no valor de R\$ 32.100,00” (Id n. 257983724, pp. 26/27).

Malgrado os elementos apresentados pela CGU possam ser considerados como indícios de irregularidade na cotação prévia de preços, é plausível a alegação de Andrea Escobar de que, dado o tempo transcorrido (cerca de 2 anos após a realização do evento) e por não se tratar de exigência da prestação de contas, não foi possível a apresentação dos documentos requeridos durante a auditoria. Por outro lado, houve efetivo pagamento à Aquidauana Viagens e Turismo, conforme se verifica da Informação Policial n. 3/14, (Id n. 257983730, p. 2) e a denúncia não aponta movimentação bancária suspeita apurada a partir da quebra de sigilo bancário dos investigados.

Portanto, forçoso concluir que não há elementos suficientes de conduta dolosa dos réus para o desvio de recursos públicos por meio da contratação simulada de prestador de serviços.

O quinto fato elencado na denúncia diz respeito ao desvio de R\$ 52.834,00 (cinquenta e dois mil oitocentos e trinta e quatro reais) provenientes dos Convênios SICONV ns. 704309, 704047 e 704410, celebrados com a Funai, o Ministério da Cultura e o Ministério do Turismo. Para a prestação de serviços, a empresa Ed-Som Produções Ltda., administrada por Sidney Loureiro, teria contratado membros do próprio Pontão de Cultura Guaikuru e funcionários de Cinecultura Projeções

Cinematográficas, sendo que esta última era uma das organizadoras do evento e valeu-se de seus próprios funcionários para a realização da mostra de cinema e exposição fotográfica, sem pagamento pelo trabalho extra de seus funcionários. Portanto, não haveria justificativa para o repasse de R\$ 52.834,00 (cinquenta e dois mil oitocentos e trinta e quatro reais) à Ed-Som Participações Ltda., a indicar que a verba foi desviada pelos denunciados. Dentre os profissionais pagos com notas fiscais fraudulentas emitidas por Ed-Som Participações Ltda., há também associados da Associação Cultural, sendo o corréu Belchior Donizete um deles (recebeu R\$ 2.934,00 a título de coordenação pedagógica).

A conduta delitiva não restou comprovada nos autos.

As testemunhas Kamila Simon e Gabriel Silva Barreto, funcionários do Cinecultura, confirmaram em Juízo o recebimento de pagamento à parte pela prestação de serviços para o Vídeo Índio Brasil. No mesmo sentido, a declaração de Franciane de Lima Gonçalves, associada do Pontão de Cultura Guaikuru. Em interrogatório judicial, Cleomilson Pereira de Assis aduziu que os funcionários do Cinecultura que prestaram serviços durante o evento o fizeram de modo facultativo, fora do horário de trabalho e mediante o pagamento de verba extra.

No que diz respeito à verba de R\$ 2.934,00 (dois mil novecentos e trinta e quatro reais) paga ao corréu Belchior Donizete, a afirmação de que o estatuto social do Pontão Guaikuru veda a remuneração de seus associados não infirma a efetiva prestação de serviços de coordenação pedagógica.

Os elementos dos autos são insuficientes à prova de conduta dolosa dos réus para o desvio de recursos públicos. A circunstância de Andrea Escobar e Belchior Donizete indicarem profissionais que consideravam qualificados às empresas contratadas não resulta em necessária fraude e prática delitiva, sem prejuízo da apuração em sede administrativa e cível de eventuais irregularidades na execução do projeto.

O sexto fato referido na denúncia diz respeito ao desvio de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), provenientes dos Convênios SICONV ns. 704309, 704047 e 704410, celebrados com a Funai, o Ministério da Cultura e o Ministério do Turismo. Segundo a denúncia, a CGU apurou que houve direcionamento para a contratação do Cinecultura, já que a descrição da sala de exibição corresponde à exata dimensão da sala do prestador do serviço.

Em interrogatório judicial, Andrea Escobar afirmou ter procurado outras empresas para a locação de sala de cinema, porém não houve interesse, dada a natureza não comercial do evento. Acrescentou que a indicação das dimensões da sala do Cinecultura na carta convite deu-se como parâmetro mínimo para a locação, inexistindo interesse em desviar recursos públicos.

No mesmo sentido, as declarações do corréu Cleomilson Pereira de Assis, que acrescentou ter havido locação da sala de cinema em diversos períodos do dia, bem como locação de equipamentos para exibição de filmes digitais e em película, montagem e desmontagem de equipamentos, o que deu causa à emissão de notas fiscais distintas.

Sobre as coincidências nas propostas apresentadas por diferentes empresas, é plausível a declaração dos corréus (sócios/administradores das empresas vencedoras) de que se valeram do modelo constante da carta convite, por isso a repetição de termos.

Os documentos dos autos e as testemunhas ouvidas em Juízo demonstram que diversas atividades foram realizadas, tais como exibição de filmes, oficinas, mesas de debates e produção de documentário. A título exemplificativo, confira-se o relatório final de atividades no qual diferentes prestadores de serviços descrevem e avaliam os trabalhos (Id 257984453, pp. 21/34), bem como a lista de alunos indígenas das oficinas realizadas (Id 257984453, p. 35/36).

Nesses termos e sem prejuízo da apuração de irregularidade no âmbito administrativo e cível, a alegada inidoneidade das empresas concorrentes e a insuficiente publicidade das cotações prévias no mercado não resultam em prova de conduta dolosa para produção de documentos fraudulentos a fim de justificar a transferência de recursos públicos aos acusados.

Por fim, a denúncia indica como sétimo fato a prática do delito do art. 288 do Código Penal. O *modus operandi* consistiria na "prévia combinação, entre eles, para que a Associação Cultural Oficina de Criação Teatral realizasse licitações, cujos objetos foram direcionados à adjudicação por empresas de membros da quadrilha, sendo que, em alguns casos, os serviços contratados pelo poder público não foram prestados pelas empresas contratadas, com o desvio dos recursos públicos". Empresas de integrantes da quadrilha simulavam competir entre si nas licitações, como forma de ocultar o direcionamento das contratações. Havia divisão de tarefas, competindo a Andrea Escobar, na condição de presidente do Pontão de Cultura Guaikuru, organizar as licitações e direcioná-las aos membros da quadrilha. Andrea Escobar contava com a ajuda de Belchior Donizete, seu marido. Nilson Rodrigues era responsável pelo Cinecultura Produções Cinematográficas Ltda., que funcionava no mesmo endereço da Associação de Amigos do Cinecultura, cujo presidente, em 2008, era Belchior Donizete. Ambos os denunciados sucederam-se na sociedade das empresas Cinecultura Projeções Cinematográficas e Mercado Cultural Ltda. Sidney Loureiro declarou ser amigo de Belchior Donizete. Júlio César admitiu conhecer Andrea Escobar. Ângela Miyuki, Cleomilson Pereira, Júlio César, Nilson Rodrigues e Sidney Loureiro tiveram as suas empresas convidadas para participar de certames simulados e produziram documentos fraudulentos para justificar as transferências de recursos públicos. As empresas mantinham vínculo econômico, com transferência entre si dos recursos desviados. Júlio César era o responsável pelo repasse de valores a Andrea Escobar e Belchior Donizete.

À míngua de comprovação de conduta dolosa dos réus para a prática de crimes, deve-se concluir que não resta demonstra a associação criminosa.

As transferências de recursos entre as empresas decorrem do pagamento pelos serviços indicados nas faturas (cf. Informação n. 3/2014, da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiras, Id n. 257983729, pp. 55/60, n. 257983730, pp. 1/7). Discrepâncias entre os objetos sociais das empresas e os serviços prestados, assim como relações de amizade entre os denunciados, não são suficientes à prova de associação ilícita para o fim de cometer crimes.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal. É o voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL**

### **5001759-18.2020.4.03.6005**

Apelantes: FABIO BORBOREMA SANTOS, ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA  
 Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI  
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 09/11/2022

### **EMENTA**

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 334-A, §1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL C/C ARTIGOS 2º E 3º DO DECRETO-LEI Nº 399/68. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA MORTE DO AGENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FAVORECIMENTO REAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULOS. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os apelantes foram condenados pela prática do crime previsto no artigo 334-A, §1º, inciso I, do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68.

2. A morte do agente configura causa legal de extinção da punibilidade, podendo ser decretada a qualquer tempo, e extingue todos os efeitos penais da condenação. Dessa forma, cabível apenas o reconhecimento da extinção da punibilidade, sem qualquer consideração quanto à culpa ou à inocência do réu falecido Altair Aparecido Nogueira, no que toca aos fatos que lhe foram imputados, nos termos do artigo 107, inciso I, do Código de Processo Penal, c/c artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal.

3. O tipo penal do crime de contrabando não pressupõe o domínio da mercadoria, praticando tal conduta aquele que, de qualquer forma, colabora para a introdução da mercadoria proibida no país. Desse modo, incabível a desclassificação para o crime de favorecimento real, o qual reclama que não seja o agente coautor ou receptor.

4. Insta salientar que o crime de descaminho se caracteriza pela ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria; ao passo que o delito de contrabando se refere à importação ou exportação de mercadoria proibida. No presente caso, houve a apreensão de cigarros de procedência estrangeira, que oferecem riscos à segurança e à saúde públicas. Assim, apenas seria possível se falar em crime de descaminho se no momento em que o comportamento ilícito foi engendrado houvesse autorização de importação pela ANVISA dos produtos fumígenos apreendidos, por meio de processos administrativos que permitissem a importação e comercialização dos mesmos em território nacional. Não merece prosperar a desclassificação do delito de contrabando para o de descaminho.



5. A materialidade foi comprovada pelo Termo de Apreensão (ID 253901957 - fls. 12/13), Relação de Mercadorias (ID 253902055 e ID 253902056) e Representação Fiscal para Fins Penais (ID 253902057 e 253902058). Com efeito, os documentos elencados certificam a apreensão de 685.500 (seiscentos e oitenta e cinco mil e quinhentos) maços de cigarros de origem paraguaia, sendo 410.500 (quatrocentos e dez mil e quinhentos) maços em poder de Fábio e 275.500 (duzentos e setenta e cinco e quinhentos) maços em poder de Altair, tornando inconteste a materialidade delitiva.
6. A autoria delitiva quanto ao réu Fábio restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, corroborado pelas provas amealhadas em juízo. O dolo, por sua vez, evidenciou-se tanto pelas circunstâncias em que os cigarros foram apreendidos como pela prova oral produzida.
7. Presentes os requisitos elencados no artigo 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, a ser destinada à União Federal; e prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo Juízo da Execução.
8. A inabilitação para conduzir veículo automotor do artigo 92, inciso III, do Código Penal é efeito secundário da condenação, exigindo-se para a sua aplicação apenas que o veículo tenha sido utilizado como meio para a prática de crime doloso, como no caso em tela, em que o caminhão foi empregado, de forma dolosa, para o transporte de cigarros de procedência estrangeira, de internação proibida no território nacional.
9. Cabe ressaltar que diversas outras profissões poderão ser adotadas pelo réu sem que isso, por si, lhe retire meios de prover a própria subsistência e a de eventuais dependentes. O mero fato de ser motorista profissional não permite que possa cometer crimes concretamente graves utilizando-se exatamente de veículos como instrumentos, e em seguida se furtar às sanções legais com a alegação de que precisa da habilitação para desenvolver a atividade profissional que escolhera. Tal pena deverá perdurar até o cumprimento integral da pena privativa de liberdade.
10. Apelo da defesa parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DE OFÍCIO, reconhecer e declarar extinta a punibilidade do réu ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA pela ocorrência da morte do agente, com supedâneo no artigo 107, inciso I, do Código Penal, c/c artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal; DAR PARCIAL PROVIMENTO ao apelo interposto pela defesa de FÁBIO BORBOREMA SANTOS para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, a ser destinada à União Federal; e prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo Juízo da Execução, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.



## RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Tratam-se de apelações criminais interpostas pela defesa de FÁBIO BORBOREMA SANTOS e ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Ponta Porã/MS, que condenou os réus pela prática do crime previsto no artigo 334-A, §1º, inciso I, do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68.

Narra a denúncia (ID 253901955):

"No dia 19/11/2020, por volta das 10h50min, no perímetro urbano do distrito do Boqueirão, no município de Jardim/MS, FABIO BORBOREMA SANTOS e ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA, com consciência e vontade, agindo em co-autoria caracterizada pela unidade de desígnios e divisão de funções visando atingir o objetivo comum, transportaram maços de cigarros de procedência estrangeira e ingresso proibido no território nacional, infringindo as medidas de controles fiscal e sanitário editadas pelas autoridades competentes.

Na situação de tempo e espaço acima descrita, policiais militares realizavam fiscalização de rotina, ocasião em que deram ordem de parada para o caminhão SCANIA, cor branca, placas AVC-6G99 de São Gabriel do Oeste/MS e reboques de placas ASH-1A51 e ASH 1A51, conduzido por *FABIO BORBOREMA SANTOS* e que logo após, à carreta da marca VOLVO, cor branca, placas ALX-7D84 de Londrina/PR e reboque de placas MXC- 4A16, conduzida por *ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA*. Durante a abordagem, foi encontrada com FABIO a importância de R\$ 2.230,00 (dois mil e duzentos e trinta reais) e um celular da marca SANSUNG (novo) e com ALTAIR foi encontrada a importância de R\$ 2.029,00 (dois mil e vinte nove reais) e um celular da marca XAOMI REDMI (novo).

Destarte, ausentes causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* oferece denúncia em face de *FABIO BORBOREMA SANTOS* e *ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA* como incurso no artigo 334-A, § 1º, inciso I do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399 /68 (fato assimilado à contrabando)."

A denúncia foi recebida em 17 de dezembro de 2020 (ID 253901958).

Após regular instrução, sobreveio a sentença ID 253902069, pela qual o magistrado de primeiro grau julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia para:

i) condenar FÁBIO BORBOREMA SANTOS como incurso nas penas do crime insculpido no artigo 334-A, §1º, inciso I, do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68 à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, deixando de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos;

ii) condenar ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA como incurso nas penas do crime insculpido no artigo 334-A, §1º, inciso I, do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68 à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, deixando de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O juiz sentenciante determinou, ainda, a inabilitação dos réus para dirigir veículos, a revogação da prisão preventiva, o perdimento dos bens apreendidos, a incineração dos cigarros e o pagamento das custas processuais.

A sentença foi publicada em 12 de abril de 2021 (ID 253902069).

Na data de 28 de maio de 2021 foi publicada a sentença ID 253902100 para a mera correção de erro material constante da sentença acima citada.

A defesa do réu FÁBIO BORBOREMA SANTOS interpôs apelação, pleiteando (i) a desclassificação do crime de contrabando para o de favorecimento real; (ii) a desclassificação do delito de contrabando para o de descaminho; (iii) o afastamento da pena de inabilitação para dirigir veículos; e (iv) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ID 256990812).

A defesa também trouxe aos autos a notícia do falecimento do réu ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA, requerendo a extinção de sua punibilidade nos termos do artigo 107, inciso I, do Código Penal (ID 258917604 e ID 258917609).

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pelo (i) reconhecimento da extinção da punibilidade do réu Altair em virtude da sua morte; e (ii) pelo desprovemento do apelo da defesa do réu Fábio (ID 261209981).

É o relatório.

Sujeito à revisão na forma regimental.

## VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Os apelantes FÁBIO BORBOREMA SANTOS e ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA foram condenados pela prática do crime previsto no artigo 334-A, §1º, inciso I, do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68.

1. Da extinção da punibilidade pela morte do agente

A defesa noticiou a ocorrência da morte do réu ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA.

As informações angariadas pelo órgão ministerial (ID 257979795) e a Certidão de Óbito emitida pelo 1º Ofício de Notas e Registro Civil da Comarca de Eldorado/MS (ID 258917609) atestam o falecimento do apelante Altair.

A morte do agente configura causa legal de extinção da punibilidade, podendo ser decretada a qualquer tempo, e extingue todos os efeitos penais da condenação.

Dessa forma, cabível apenas o reconhecimento da extinção da punibilidade, sem qualquer consideração quanto à culpa ou à inocência do réu falecido, no que toca aos fatos que lhe foram imputados.

Portanto, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade do réu ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA em virtude de sua morte, nos termos do artigo 107, inciso I, do Código de Processo Penal, c/c artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal.

Assim, a análise do caso em apreço restringir-se-á ao apelante Fábio Borborema Santos.

## 2. Da desclassificação para o crime de favorecimento real

A defesa do réu Fábio postula a desclassificação da conduta a ele imputada para o crime do artigo 349 do Código Penal.

Sustenta que a infração penal de contrabando exige que o agente seja o proprietário da mercadoria, ao passo que o réu apenas a transportava, sequer internalizando o bem de natureza proibida.

O conjunto probatório atesta que os cigarros apreendidos tinham procedência estrangeira, sendo nocivos à saúde e segurança públicas.

Ademais, o apelante asseverou que atuava mediante paga para transportar a mercadoria contrabandeada (mídias ID 253901999 e 253902000).

O tipo penal do crime de contrabando não pressupõe o domínio da mercadoria, praticando tal conduta aquele que, de qualquer forma, colabora para a introdução da mercadoria proibida no país.

Nesse diapasão:

PENAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO. TRANSPORTE DE CIGARROS DE ORIGEM ESTRANGEIRA. ALTERAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 349 DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE TELECOMUNICAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 70 DA LEI N. 4.117/62. PENA-BASE. PENA RESTRITIVA DE DIREITO. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO.

1. A figura do transportador se enquadra perfeitamente na conduta prevista no art. 334-A, parágrafo 1º, inciso I, do Código Penal c.c. arts. 2º e 3º, ambos do Decreto-lei nº 399/68, bastando o transporte das mercadorias contrabandeadas para que a conduta seja típica, não sendo necessário que o transportador tenha introduzido as mercadorias em solo nacional ou que seja o proprietário da carga.

2. O delito de favorecimento real não se aplica a quem praticou um dos verbos nucleares do delito do art. 334-A, § 1º, inciso I, do Código Penal (transportar), pois pressupõe que o agente que cometeu o crime não seja coautor ou receptador. [...]

7. De ofício, atribuo a um dos fatos descritos na denúncia definição jurídica diversa, por meio da aplicação da regra da emendatio libelli (artigos 383 e 617 do Código de Processo Penal) e desclassifico o crime do art. 183 da Lei nº 9.472/97 para o do art. 70 da Lei nº 4.117/62, com a condenação do réu à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção pela prática do mencionado delito, bem como nego provimento ao recurso da defesa.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 0000864-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MAURICIO YUKIKAZU KATO, julgado em 31/07/2020, Intimação via sistema DATA: 06/08/2020)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. ART. 334, § 1º, C, DO CÓDIGO PENAL. FIGURA EQUIPARADA AO CAPUT DO ART. 334 DO CP. DESNECESSIDADE DE PROVA DE IMPORTAÇÃO IRREGULAR. SUFICIÊNCIA DO ACOLHIMENTO, PELO ACUSADO, DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS, DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO LEGAL. CONDUTA DO "LARANJA" PASSÍVEL DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. ATIVIDADE COMERCIAL DEMONSTRADA PELA ELEVADA QUANTIDADE DA MERCADORIA APREENDIDA. INAPLICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRIBUTO ILUDIDO SUPERIOR A R\$ 10.000,00. ART. 20 DA LEI 10.522/2002. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO COMPROVADA. PROVIMENTO DO APELO. I - Desnecessidade de comprovação de

que a importação irregular tenha sido praticada pessoalmente pelo acusado, de vez que denunciado pela prática de figura equiparada ao caput do art. 334 do Código Penal, conforme previsto nos §§ 1º e 2º do referido dispositivo legal. II - O § 1º, alínea d, do art. 334 do Código Penal prevê, como um dos núcleos do tipo em foco, a modalidade de recebimento, entendido como aceite em pagamento ou mero acolhimento da mercadoria estrangeira, desacompanhada de documentação legal. III - O § 2º do art. 334 do Código Penal amplia o conceito restrito de atividade comercial para configuração do delito, a ela equiparando qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. IV - *No delito de contrabando ou descaminho é responsável não somente aquele que faz a importação, mas também quem colabora para esse fim, como "laranja", conscientemente, introduzindo ou transportando, no país, as mercadorias. (...)*"

(TRF-1 - ACR: 15030 GO 2005.35.00.015030-3, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 07/12/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.1645 de 17/12/2010) (grifo nosso)

Desse modo, considerando que o apelante Fábio incorreu na prática do delito do artigo 334-A do Código Penal, incabível a desclassificação para o crime de favorecimento real, o qual reclama que não seja o agente coautor ou receptador.

### 3. Da desclassificação para o crime de descaminho

Requer a defesa do réu Fábio a desclassificação da conduta narrada na peça inaugural para o delito de descaminho.

Insta salientar que o crime de descaminho se caracteriza pela ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria; ao passo que o delito de contrabando se refere à importação ou exportação de mercadoria proibida.

No presente caso, houve a apreensão de cigarros de procedência estrangeira, que oferecem riscos à segurança e à saúde públicas.

Preceitua a Lei nº 9.782/1999, que instituiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária:

Art. 8º – Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º – Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

X – cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco.

No que toca ao registro e comercialização dos produtos fumígenos, determina a ANVISA, por meio da Resolução RDC nº 90/2007:

Art. 3º É obrigatório o registro dos dados cadastrais de todas as marcas de produtos fumígenos derivados do tabaco, fabricadas no território nacional, importadas ou exportadas.

Art. 20 A marca específica somente poderá ser comercializada após a publicação do deferimento da petição de Registro de Dados Cadastrais, no Diário Oficial da União.

§ 1º É proibida a importação, a exportação e a comercialização no território nacional de qualquer marca de produto fumígeno que não esteja devidamente regularizada na forma desta Resolução ainda que a marca se destine à pesquisa no mercado consumidor.

Além disso, para o estrito exercício de suas atividades, o importador de cigarros deve possuir um registro especial junto à Receita Federal do Brasil, conforme prescrevem o artigo 47 da Lei nº 9.532/1997 e o artigo 2º da Instrução Normativa SRF nº 770/2007.

Extraí-se que os cigarros apreendidos têm origem estrangeira e carecem de autorização de importação e comercialização pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, o que os tornam mercadoria de importação proibida, configuradora do tipo penal do contrabando (cf. Representação Fiscal para Fins Penais - ID 253901999).

Assim, apenas seria possível se falar em crime de descaminho se no momento em que o comportamento ilícito foi engendrado houvesse autorização de importação pela ANVISA dos produtos fumígenos apreendidos, por meio de processos administrativos que permitissem a importação e comercialização dos mesmos em território nacional.

Em suma, utilizar, no exercício de atividade comercial, cigarros de importação e comercialização proibidas no país caracteriza a infração penal de contrabando.

Na esteira desse entendimento, trago à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. PEDIDO DEFERIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a introdução clandestina de cigarros, em território nacional, em desconformidade com as normas de regência, configura o delito de contrabando, ao qual não se aplica o princípio da insignificância, por tutelar interesses que transbordam a mera elisão fiscal. Precedentes.

2. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

3. Agravo regimental improvido, determinando-se o imediato cumprimento da pena imposta ao agravante.

(STJ, AgRg no AREsp 697.456/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016) (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE CIGARROS. ART. 334, §1º, D, DO CÓDIGO PENAL. PRODUTO DE PROIBIÇÃO RELATIVA. AUSÊNCIA DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA. DELITO PLURIOFENSIVO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE.

1. Hipótese em que o condenado foi surpreendido realizando o transporte de grande volume de cigarros de origem estrangeira desacompanhados da documentação comprobatória da regular importação.

2. O cigarro é mercadoria de proibição relativa, cuja importação ou exportação clandestina configura delito de contrabando, que busca tutelar o interesse estatal no controle da entrada e saída de produtos, assim como a saúde e segurança públicas.

3. É irrelevante, desse modo, o lançamento de eventual crédito tributário porque o delito se consuma com a simples entrada ou saída do produto proibido.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp 1.454.586/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 02/10/2014, DJe 09/10/2014) (grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRABANDO DE CIGARROS (ART. 334, § 1º, "D", DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O cigarro posto mercadoria importada com elisão de impostos, incorre em lesão não só ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos como a saúde e a atividade industrial internas, configurando-se contrabando, e não descaminho. Precedente: HC 100.367, Primeira Turma, DJ de 08.09.11. 2. O crime de contrabando incide na proibição relativa sobre a importação da mercadoria, presentes as conhecidas restrições dos órgãos de saúde nacionais incidentes sobre o cigarro. 3. In casu, a) o paciente foi condenado a 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no artigo 334, § 1º, alínea d, do Código Penal (contrabando), por ter adquirido, para fins de revenda, mercadorias de procedência estrangeira - 10 (dez) maços, com 20 (vinte) cigarros cada - desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória do recolhimento dos respectivos tributos; b) o valor total do tributo, em tese, não recolhido aos cofres públicos é de R\$ 3.850,00 (três mil oitocentos e cinquenta reais); c) a pena privativa de liberdade foi substituída por outra restritiva de direitos. 4. O princípio da insignificância não incide na hipótese de contrabando de cigarros, tendo em vista que "não é o valor material que se considera na espécie, mas os valores ético-jurídicos que o sistema normativo-penal resguarda" (HC 118.359, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 11.11.13). No mesmo sentido: HC 119.171, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 04.11.13; HC 117.915, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 12.11.13; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 14.12.12. 5. Ordem denegada. (STF, HC 118.858, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 03/12/2013, DJe 17/12/2013) (grifo nosso)

Destaco, ainda, que a conduta praticada pelo réu Fábio subsome-se, com efeito, ao inciso I do artigo 334-A do Código Penal, já que a narrativa dos fatos declinada na exordial acusatória demonstra que o comportamento criminoso em tese perpetrado consistiu no transporte, no exercício de atividade comercial, de cigarros de origem estrangeira, sem documentação de sua regular importação.

Dessa forma, não merece prosperar a desclassificação do delito de contrabando para o de descaminho.

#### 4. Da materialidade

A materialidade foi comprovada pelo Termo de Apreensão (ID 253901957 - fls. 12/13), Relação de Mercadorias (ID 253902055 e ID 253902056) e Representação Fiscal para Fins Penais (ID 253902057 e 253902058).



Com efeito, os documentos acima elencados certificam a apreensão de 685.500 (seiscentos e oitenta e cinco mil e quinhentos) maços de cigarros de origem paraguaia, sendo 410.500 (quatrocentos e dez mil e quinhentos) maços em poder de Fábio e 275.500 (duzentos e setenta e cinco e quinhentos) maços em poder de Altair, tornando inconteste a materialidade delitiva.

#### *5. Da autoria e do dolo*

A defesa não se insurgiu quanto à autoria delitiva, que restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, corroborado pelas provas amealhadas em juízo.

O dolo, por sua vez, evidenciou-se tanto pelas circunstâncias em que os cigarros foram apreendidos como pela prova oral produzida.

O apelante Fábio confirmou a prática dos fatos. Esclareceu que é caminhoneiro e pegou o veículo já carregado com os cigarros. Afirmou que receberia R\$ 6.000,00 (seis mil reais) pelo transporte da mercadoria, que tinha como destino a cidade de Campo Grande/MS (mídias ID 253901999 e 253902000).

Os policiais militares Diego Portela de Souza e Edenil Coelho de Almeida explicaram, em síntese, que a primeira carreta era conduzida pelo réu Fábio, e a segunda carreta, por Altair. Não havia fundo falso ou carga lícita sobre os cigarros, visando a ocultá-los.

As testemunhas policiais apresentaram declarações uníssonas, narrando o encontro de cigarros paraguaios no interior dos veículos conduzidos pelos réus.

O apelante, por sua vez, corroborou a prática dos fatos em comento.

Notório, pelas próprias palavras do réu, que perpetrou o comportamento descrito na denúncia, ciente de que praticava ato ilícito, ao qual aderiu de forma livre e consciente, não incidindo em qualquer erro.

O conjunto probatório colacionado aos autos, portanto, torna indubitosa a autoria delitiva, devendo ser mantida a condenação do réu Fábio nos termos da r. sentença.

#### *6. Da dosimetria*

A sentença recorrida condenou o réu Fábio Borborema Santos à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão pela prática do crime do artigo 334-A, §1º, inciso I, do Código Penal c/c artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68, em regime inicial aberto.

##### *1ª Fase*

Na primeira fase, o juiz sentenciante exasperou a pena-base em razão das circunstâncias do crime.

Perfilho do entendimento de que a excessiva quantidade de cigarros apreendidos – 410.5000 (quatrocentos e dez mil e quinhentos) maços - constitui fator apto a elevar a pena-base. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte: 1ª Turma, ACR 00020214320084036112, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, e-DJF3: 03.02.2016; 11ª Turma, ACR 00032297520114036106, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, e-DJF3: 01.02.2016.

Frise-se, como consolidado pela jurisprudência, que a prática do crime de contrabando não implica lesão apenas ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas também à saúde e segurança públicas, devendo a exasperação da

pena-base ser mantida no patamar estabelecido pelo Juízo *a quo*, já que a extraordinária quantidade de cigarros apreendidos poderia impactar a saúde de um número significativo de pessoas.

Posto isso, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

### *2ª Fase*

Na segunda etapa da dosimetria, foi reconhecida a presença da atenuante do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

Extraí-se que o réu confessou os fatos em tela, sendo a confissão utilizada inclusive para embasar a condenação, o que, por si só, permite a aplicação da aludida atenuante, nos moldes da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, neste momento, fixo a pena em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

### *3ª Fase*

Na terceira etapa, preservo o entendimento do magistrado de primeiro grau, no sentido de que não incidem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Dessa forma, fixo a reprimenda definitivamente em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

### *Do regime inicial de cumprimento da pena*

Tendo em vista o *quantum* da pena aplicada e considerando que a circunstância judicial negativa aplicada ao réu não é apta a justificar a imposição de regime mais gravoso, mantenho o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

### *Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*

Pugna a defesa a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Presentes os requisitos elencados no artigo 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em: i) prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, a ser destinada à União Federal; e ii) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo Juízo da Execução.

### *7. Da inabilitação para dirigir veículos*

A defesa almeja o afastamento da inabilitação para dirigir veículo.

O artigo 92 do Código Penal é claro ao dispor sobre os efeitos da condenação:

"Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.” (grifo nosso)

A inabilitação para conduzir veículo automotor do artigo 92, inciso III, do Código Penal é efeito secundário da condenação, exigindo-se para a sua aplicação apenas que o veículo tenha sido utilizado como meio para a prática de crime doloso, como no caso em tela, em que o caminhão foi empregado, de forma dolosa, para o transporte de cigarros de procedência estrangeira, de internação proibida no território nacional.

Tal efeito da condenação apresenta-se como uma reprimenda, legalmente prevista, de todo aplicável ao presente caso, a fim de atingir os escopos de repressão e prevenção da pena.

Ainda que a inabilitação para dirigir não impeça a reiteração criminosa, não há dúvida que a torna mais difícil, além de possuir efeito dissuasório, desestimulando a prática criminosa sem encarceramento. O efeito da condenação em questão deve ser aplicado em casos de descaminho, contrabando, bem como de tráfico de drogas, armas, animais ou pessoas, restando o agente inabilitado para conduzir veículo, em especial quando evidenciado que a fruição do direito de dirigir teve importância no “iter criminis” (ACR 50037438020124047010, Márcio Antônio Rocha, TRF4 - Sétima Turma, D.E. 17/09/2014).

Indubitável que no caso em apreço o réu, na condição de motorista, utilizou a licença para conduzir veículo concedida pelo Estado para perpetrar o crime de contrabando, transportando significativa quantidade de cigarros de origem estrangeira, tendo plena ciência da ilicitude da conduta.

Cabe ressaltar que diversas outras profissões poderão ser adotadas pelo réu sem que isso, por si, lhe retire meios de prover a própria subsistência e a de eventuais dependentes. O mero fato de ser motorista profissional não permite que possa cometer crimes concretamente graves utilizando-se exatamente de veículos como instrumentos, e em seguida se furtar às sanções legais com a alegação de que precisa da habilitação para desenvolver a atividade profissional que escolhera.

O citado artigo 92 não traz em seu bojo qualquer prazo para a duração desse efeito extrapenal, porém, como o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal proíbe penas de caráter perpétuo, deve ser observada a regra do artigo 15, inciso III, da Carta Magna, limitando-se tal pena à duração dos efeitos da condenação, consoante entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça (Resp: 1535883 PR 2015/0131858-0, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 15/05/2017).

Por tais razões, e tendo em vista o comando previsto no artigo 92, inciso III, do Código Penal, mantenho a aplicação da pena de inabilitação para dirigir veículo ao réu, que deverá perdurar até o cumprimento integral da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto:

i) DE OFÍCIO, reconheço e declaro extinta a punibilidade do réu ALTAIR APARECIDO NOGUEIRA pela ocorrência da morte do agente, com supedâneo no artigo 107, inciso I, do Código Penal, c/c artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal;

ii) DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo interposto pela defesa de FÁBIO BORBOREMA SANTOS para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, a ser destinada à União Federal; e prestação de serviços à comunidade pelo período da pena substituída, a ser definida pelo Juízo da Execução.

É o voto.

## **REMESSA NECESSÁRIA CRIMINAL**

### **5002779-30.2022.4.03.6181**

Parte Autora: LADISLAU CUNHA DE SOUSA BASTOS DA SILVA  
Juízo Recorrente: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 10ª VARA FEDERAL CRIMINAL  
Recorrido: POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO, POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO, DELEGADO CHEFE DA POLÍCIA FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 09/11/2022

### **EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. *CANNABIS SATIVA*. USO TERAPÊUTICO. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Este Tribunal Regional Federal estabilizou sua jurisprudência no sentido de que a importação e o plantio individualizado de Cannabis, quando destinados a uso exclusivamente medicinal e mediante prescrição médica, é fato atípico. A título exemplificativo, menciono os seguintes acórdãos: RSE 0010554-26.2018.4.03.6181, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Mauricio Kato, j. 14.10.2019, e-DJF3 Judicial 1 22.10.2019; ReeNec 0008194-55.2017.4.03.6181, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 18.06.2019, e-DJF3 Judicial 1 27.06.2019; RSE 5001515-46.2020.4.03.6181, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal José Lunar-delli, j. 14.09.2020, e-DJF3 Judicial 1 16.09.2020. Esse posicionamento é consentâneo com a jurisprudência que se está formando no Supremo Tribunal Federal e também no Superior Tribunal de Justiça. Em recente julgado, no RHC 147.169/SP, a Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14.06.2022, DJe 20.06.2022, decidiu no mesmo sentido acerca da atipicidade da conduta em relação ao plantio de *cannabis* para fins medicinais.

2. No caso, está satisfatoriamente demonstrada nos autos a necessidade do paciente de uso medicinal de substância à base de *Cannabis sativa*. Além disso, tem-se por evidenciado o risco dele vir a sofrer repressão estatal pelo plantio terapêutico da droga, tendo em vista que a *Cannabis sativa* se encontra na lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (Lista E) constante da Portaria SVS/MS nº 344, de 12.05.1998, sendo, em regra, proibida a sua importação, exportação, comércio, manipulação e uso.

3. Reexame necessário não provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO ao reexame

necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de reexame necessário, nos termos do art. 574, I, do Código de Processo Penal, submetido pela 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo (SP) relativamente à sentença concessiva de *habeas corpus* em favor de LADISLAU CUNHA DE SOUSA BASTOS DA SILVA, assegurando-lhe, pelo prazo de 2 (dois) anos, salvo-conduto para que não seja preso nem processado criminalmente em razão da importação anual de até 30 (trinta) sementes de *cannabis sativa*, destinadas à produção de óleo integral da planta, nem por cultivar até 60 (sessenta) plantas de *cannabis* por ano e 30 (trinta) plantas por mês, bem como pela colheita, extração, produção artesanal e uso, conforme prescrição médica, do óleo integral extraído da planta, assegurando-lhe, também, que não haja apreensão ou destruição dos materiais e insumos cultivados para fins de tratamento único e exclusivo do paciente dentro dos limites então fixados.

Segundo alegado na inicial (ID 260142725), o paciente se encontra em tratamento psiquiátrico há 2 (dois) anos, apresentando quadro de ansiedade generalizada e síndrome de burn-out, conforme o seguinte relato:

As crises enfrentadas pelo paciente, quando fora de controle, colocam sua vida e integridade física em risco, pois desestabilizam profundamente seu estado de saúde, impactando profundamente no seu cotidiano.

Após a experimentação de diversos medicamentos como Zolpiden, Rivotril, Carbamazepina, sem obter melhora significativa, foi proposto o tratamento com *Cannabis Medicinal* pelo profissional de saúde responsável.

Após um mês de uso, ao notar a melhora significativa em seu estado geral de saúde, e por não ter condições financeiras para arcar com o custo do tratamento que atualmente está em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) mensais, o paciente buscou informações e iniciou o cultivo de *cannabis* para seu uso terapêutico.

Obtendo colheita e conseguindo extrair e utilizar os compostos de planta até o presente momento. O paciente atualmente depende do tratamento para manter suas atividades normais, de convívio social e trabalho, bem como melhora em seu estado geral de saúde.

A interrupção do tratamento pelo Estado representado pela polícia, interceptando ou apreendendo as plantas e itens de cultivo a qualquer instante, pode representar piora significativa na saúde do paciente, comprometer seu tratamento e colocar em risco sua vida e integridade física e liberdade.

Bem como essa situação de insegurança e medo do poder público, agravam ainda mais o quadro da patologia apresentada pelo paciente.

Argumenta-se que o paciente “realiza o cultivo de *cannabis* exclusivamente para extração de óleo visando o controle de suas crises nervosas gravíssimas” e que o óleo de *cannabis* é sua “última hipótese de tratamento, e isso pode levá-lo a incorrer no crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o que justifica o pedido de salvo-conduto diante da “impossibilidade financeira em realizar a importação, frente aos elevados custos”.



Por isso, o paciente pediu na origem que lhe fosse autorizado a importar 30 (trinta) sementes da espécie *blue dream/ano*, vedando-se às autoridades competentes apreender e destruir as plantas ou medicamentos e equipamento utilizados para cultivo ou cercear a liberdade do paciente pelo cultivo e porte de *cannabis* e seus extratos.

Intimada (ID 260142983), a defesa do paciente emendou a inicial com informações complementares (ID 260142987). Na sequência, as autoridades impetradas prestaram informações (ID 260142994, 260142998 e 260143010), a Procuradoria da República em São Paulo apresentou parecer (ID 260143001) e a defesa do paciente juntou documentos (ID 260143018 e seguintes).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela manutenção parcial da sentença, para determinar “a expedição de salvo-conduto ao paciente Ladislau cunha de Souza Bastos da Silva para que não sofra medidas de persecução penal em caso de importação de sementes de *cannabis sativa*” (ID 264322863; sem os destaques do original).

*É o relatório.*

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

A ordem de *habeas corpus* foi concedida pelo juízo de origem nos seguintes termos (ID 260143022):

Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de concessão de liminar da ordem, impetrado por Vitor Augusto Ceribino Pereira em favor do paciente LADISLAU CUNHA DE SOUSA BASTOS DA SILVA, indicando como autoridades coatoras o Diretor Geral do Departamento da Polícia Federal, Delegado Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo e Chefe Geral da Polícia Militar do Estado de SP.

Em síntese, alega que o paciente realiza tratamento psiquiátrico há 2 anos e apresenta quadro de crise de ansiedade generalizada e síndrome de burn-out. Afirma que após experimentação de diversos medicamentos, passou a fazer uso de tratamento com *cannabis* medicinal por recomendação de profissional da saúde e declarou, que, por conta do alto custo do medicamento no mercado, iniciou o cultivo de *cannabis* para extração de óleo para uso terapêutico.

Requeru a concessão de salvo conduto em caráter liminar, com posterior confirmação mediante concessão da ordem de *habeas corpus*, para que as autoridades competentes se abstenham de apreender e destruir as plantas ou medicamentos e equipamento utilizados para cultivo ou cercear a liberdade do paciente pelo cultivo e porte de *cannabis* e seus extratos. Requer ainda a expedição de determinação judicial autorizando o paciente a realizar a *importação de 30 sementes da espécie blue dream por ano*, que possui certificação e registro em seu país de origem, para continuidade do cultivo para fins medicinais (ID 248857950).

O impetrante foi intimado a emendar a inicial a fim de esclarecer: a quantidade de plantas que pretende cultivar; a metodologia utilizada para aferir a quantidade de sementes e plantas necessárias para atender suas necessidades; o local em que as plantas serão cultivadas; e o método de descarte dos resíduos (ID 248937687). Em aditamento, o impetrante esclareceu que: necessita de autorização para o cultivo de 60 pés de *cannabis* do sexo feminino, com autorização para plantação

*de até 30 plantas por mês, em razão do ciclo da planta.* Declarou que todo cultivo é realizado em estufa dentro da residência do paciente e todo o resíduo é reutilizado como compostagem (ID 250406975).

Foi concedida parcialmente a liminar com expedição de salvo-conduto ao paciente para garantir que os agentes policiais se abstenham de atentar contra a liberdade de locomoção do paciente em razão do cultivo de plantas utilizadas no tratamento medicinal, desde que compatíveis com a produção de medicamentos exclusivamente para uso terapêutico da paciente, observado o receituário médico recomendado, bem como que fiquem impedidos de apreender as plantas cultivadas (ID 250723105).

Foram prestadas informações pelo Delegado de Polícia Diretor da Polícia Civil do Estado de São Paulo (ID 251130204).

Em parecer, o Ministério Público Federal alegou que: o paciente não demonstrou autorização para importação do medicamento junto à ANVISA, não demonstrou o valor dos medicamentos que pretendia adquirir, não comprovou a situação financeira e ainda apontou contradição entre a narrativa contida na inicial e os atestados médicos apresentados. Opinou pela denegação da ordem, sem prejuízo de documentação complementar que venha a suprir os pontos suscitados (ID 251798945).

Diante do parecer ministerial, foi concedido prazo de 5 dias para manifestação do impetrante (ID 251891775).

A Polícia Militar do Estado de São Paulo prestou informações (ID 252450921).

O impetrante afirmou que existem medicamentos com custos elevados no mercado e juntou autorização para importação junto à ANVISA (ID 252917828).

O feito foi convertido em diligência para que o impetrante, no prazo de 10 (dez) dias, indicasse: (i) o tipo das sementes que foram importadas (regulares, feminizadas e automáticas) e que pretende importar novamente, especificando o tipo de planta (macho/fêmea) que elas são capazes de produzir; (ii) comprovasse a imprescindibilidade do uso de medicamento à base de cannabis, tendo em vista suposta contradição diante da alegação na inicial de que passou a fazer uso do óleo extraído da planta após tratamento ineficaz com remédios controlados, contudo, informou que faz o cultivo desde 2020 e o receituário é posterior, com data de 2021; (iii) apresentasse documentos atualizados complementares ao receituário médico a fim de informar se persiste a condição clínica e a dosagem descrita, tendo em vista o decurso de mais de oito meses desde a prescrição de medicamento à base de óleo de *cannabis* (ID 253429230).

Em nova petição o impetrado forneceu os seguintes esclarecimentos: (i) declarou que o paciente nunca realizou a importação da semente, sendo que iniciou o cultivo a partir da doação de outros pacientes cultivadores; (ii) afirmou que requer autorização da importação da semente da espécie blue dream, feminizada, sendo a mais utilizada e indicada para pacientes de *cannabis* medicinal e com maior eficácia terapêutica; (iii) alegou que as plantas fêmeas não produzem sementes, pois dependem da polinização que ocorre apenas com a presença das plantas do sexo masculino, sendo que, a cada novo ciclo de cultivo é necessária a semeadura de novas sementes importadas; (iv) afirmou que o paciente passou a fazer tratamento medicinal com uso de *cannabis* no ano de 2021, sendo que a data informada na petição inicial (2020) está incorreta. Apresentou ainda laudo médico e receituário atualizados, ambos datados de 23/06/2022, com indicação do uso de óleo de *cannabis* para fins medicinais (ID 254782421), bem como laudo técnico farmacêutico com esclarecimentos acerca das técnicas de extração do óleo para fins de quantificação da dosagem necessária (ID 254782423).

*É o relatório.*

*Fundamento e decido.*

Há *competência* da Justiça Federal para processamento e julgamento do *Habeas Corpus*, pois o impetrante indica como autoridade coatora Delegado-chefe da Polícia Federal em São Paulo/SP (artigo 109, inciso VII, da CF/88). Além disso o pedido está ligado à conduta de importar sementes de *cannabis sativa*, utilizada para produção de maconha. A União é responsável pelo controle das atividades aduaneiras no país e a importação de mercadorias proibidas pode configurar crime de contrabando ou tráfico transnacional de drogas, ambos de competência da Justiça Federal (artigo 109, incisos IV c/c VII, da CF/88). Neste sentido, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. PEDIDO DE SALVO CONDUTO PARA CULTIVO, USO, PORTE E PRODUÇÃO ARTESANAL DA *CANNABIS* (MACONHA) PARA FINS MEDICINAIS. ALEGAÇÃO DE JUSTO RECEIO DE SOFRER RESTRIÇÃO NO DIREITO DE IR E VIR. NARRATIVA QUE APONTA A POSSIBILIDADE DE AUTORIDADES POLICIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO PRATICAREM COAÇÃO CONTRA A LIBERDADE DEAMBULATORIAL DOS PACIENTES. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE SALVO CONDUTO PARA IMPORTAÇÃO DA PLANTA OU DE QUALQUER OUTRA CONDUTA TRANSNACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal - CF.

2. O núcleo da controvérsia consiste em definir a competência para prestar jurisdição na hipótese *habeas corpus* preventivo para viabilizar o plantio de maconha para fins medicinais. Os impetrantes objetivam ordem de salvo conduto para que os pacientes possam cultivar artesanalmente a planta *Canabis Sativa* L, bem como usá-la e portá-la dentro do território nacional para fins terapêuticos

3. Da leitura da inicial do *habeas corpus* impetrado em favor dos pacientes extrai-se que autoridades estaduais foram apontadas como coatoras, quais sejam: o Delegado Geral da Polícia Civil de São Paulo e o Comandante Geral da Polícia Militar de São Paulo. Destarte, as autoridades estaduais apontadas como coatoras, por si só, já definem a competência do primeiro grau da Justiça Estadual.

4. Ademais, o salvo conduto pleiteado pelos impetrante diz respeito ao cultivo, uso, porte e produção artesanal da *Cannabis*, bem como porte ainda que em outra unidade da federação. Nesse contexto, o argumento do Juízo de Direito Suscitado de que os pacientes teriam inexoravelmente que importar a *Cannabis* permanece no campo das ilações e conjecturas. Em outras palavras, não cabe ao magistrado corrigir ou fazer acréscimos ao pedido dos impetrantes, mas tão somente prestar jurisdição quando os pedidos formulados estão abarcados na sua competência.

Em resumo, não há pedido de importação a justificar a competência da Justiça Federal, consequentemente, não há motivo para supor que o Juízo Estadual teria que se pronunciar acerca de autorização para a importação da planta invadindo competência da Justiça Federal.

Ademais, a existência de uso medicinal da *Cannabis* no território pátrio de forma legal, em razão de salvos condutos concedidos pelo Poder Judiciário, demonstra a possibilidade de aquisição da planta dentro do território nacional, sem necessidade de recorrer à importação.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é firme quanto à necessidade de demonstração de internacionalidade da conduta do agente para reconhecimento da competência da Justiça Federal, o que não se identifica no

caso concreto. Frise-se ainda que o tráfico interestadual não tem o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal Precedentes.

6. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual.

(CC 171.206/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2020, DJe 16/06/2020).

Superadas as preliminares, passo ao exame do *mérito*.

O texto constitucional assegura o *habeas corpus* àquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inciso LXVIII).

A conduta de importar ou cultivar sementes de maconha pode configurar, em tese, a prática do crime previsto no artigo 33, §1º, incisos I e II, (c/c artigo 2º) da Lei nº 11.343/06. Isso porque sementes de *cannabis sativa* podem ser consideradas insumos para produção de maconha, em especial porque se trata de substância entorpecente que não passa por processos industriais e é obtida da folha do vegetal que se origina do cultivo da semente. Eis os dispositivos que permitem a tipificação formal da conduta:

Art. 2º - Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - *importa*, *exporta*, *remete*, *produz*, *fabrica*, *adquire*, *vende*, *expõe à venda*, *oferece*, *fornece*, *tem em depósito*, *transporta*, *traz consigo ou guarda*, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *matéria-prima*, *insumo* ou produto químico *destinado à preparação de drogas*;

II - *semeia*, *cultiva* ou *faz a colheita*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em *matéria-prima* para a *preparação de drogas*;

III - *utiliza local* ou *bem de qualquer natureza* de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Especificamente quanto à importação de sementes, também existe entendimento jurisprudencial de que a conduta pode configurar crime de contrabando, previsto no artigo 334-A, do CP (STJ, RHC 123.402/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021).

Assim, há fundado receio de *constrangimento* à liberdade de locomoção a justificar a impetração do *habeas corpus* preventivo em favor do paciente.

A *plausibilidade* de que a prisão que se pretende evitar seria ilegal decorre da análise mais aprofundada da tipificação das condutas relacionadas ao auto cultivo de *cannabis* para uso medicinal. Nesse ponto, consigno que adiro ao posiciona-

mento doutrinário que preconiza que a tipicidade penal é integrada por aspectos formais e materiais. A tipicidade formal consiste na adequação do fato à letra da lei, enquanto a tipicidade material exige a efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.

A despeito de haver tipicidade formal na conduta de importar sementes de *cannabis* e semeá-las ou cultivá-las em território nacional, não há como negar que diversas condutas ligadas ao comércio e à produção de substâncias entorpecentes para uso próprio têm levantado discussões sobre os limites de incidência do Direito Penal para criminalizar condutas que não são caracterizadas pela transcendentalidade, ou seja, não causam lesão nem colocam em risco bem jurídico de outra pessoa além do agente.

Além disso, parcela significativa da doutrina afirma que o Direito Penal caracteriza-se por ser a *ultima ratio*, somente deve ser empregado como meio de controle social quando os outros ramos do Direito restarem ineficazes. Transcrevo trecho elucidativo da obra dos doutrinadores Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Se observarmos as atuais tendências do direito penal nos países centrais, veremos que não se quer associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada, salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção particularmente preventiva ou particularmente reparadora, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas.

Nesse sentido, entendo ser aplicável o princípio da insignificância como causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Aplica-se aos denominados “delitos de bagatela”, caracterizados quando a conduta prevista como delito for a tal ponto irrelevante que não se vislumbra razoável a imposição de sanção penal.

A aplicação do princípio pressupõe a análise dos seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC 98152/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJe 05/06/09).

Em julgados recentes o Supremo Tribunal Federal reconheceu a atipicidade material da conduta de importar pequenas quantidades de semente de maconha, ao fundamento de que a semente não contém tetrahydrocannabinol (THC) e, portanto, as condutas não violam o bem jurídico tutelado pela norma (vide HC 144161 e HC 142987).

A própria legislação de 2006 já excluiu a possibilidade de imposição de pena corporal a condutas ligadas ao consumo próprio (artigo 28, da Lei 11.343/06), o que reflete a incidência do princípio da transcendentalidade e deve guiar o aplicador do Direito quando realiza a classificação de condutas envolvendo substâncias entorpecentes. Não por outra razão até mesmo a controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 28 teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 635.659), contando atualmente com três votos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo.

A partir de tais considerações, imperioso reconhecer que há atipicidade material das condutas descritas no presente *Habeas Corpus*: importação de reduzido número de sementes de *cannabis* para cultivá-las em território nacional com a exclusiva finalidade de extrair óleo de Canabidiol (CBD) para tratamento de saúde. No caso concreto, o impetrante apresentou receituário médico com indicação do uso de medicamento contendo óleo de Canabidiol (ID 254782422). Além disso, o



laudo médico atualizado, datado de 23/06/2022, assinado pela Dra. Anne Muscalu Raicher, CRM 129050, indica que o paciente “segue em tratamento regularmente com apenas o óleo de *cannabis* como tratamento principal (e não coadjuvante), sem uso de alopáticos desde 2021, devido à baixa resposta ao tratamento anterior e aos efeitos colaterais significativos dos mesmos. Desde então apresenta boa evolução do quadro de saúde mental, com melhora significativa no humor, socialização, pragmatismo, insônia e apetite, além da dor crônica. Apresenta melhora nas relações interpessoais, humor estável e capacidade de tomada de decisões e melhora da hipobulia. Não apresenta efeitos colaterais com o óleo de cannabis, sendo, portanto, uma terapêutica útil de uso a longo prazo. Sugiro manutenção do tratamento atual com óleo de *cannabis* por tempo indeterminado, devido a cronicidade tanto do quadro mental, quanto algico. HD. CID-10: F33.1 + M16 + S93.2” (ID 254782421).

A pretensão de não ser preso por importar sementes de *cannabis* e produzir em ambiente doméstico o óleo de canabidiol para prosseguir no tratamento atribui outro elemento a ser considerado na subsunção das condutas às normas penais: a conduta que se pretende assegurar pelo HC envolve o cuidado à saúde, direito constitucional assegurado nos artigos 6º e 196.

Há violação ao direito à saúde se o Estado criminaliza o comportamento voltado à autoprodução de medicamento natural, evitando-se os custos da importação, notadamente quando tal comportamento não tem nenhuma potencialidade de causar lesão a terceiros ou à coletividade, além de se tratar de medicamento que já é produzido licitamente em outros países que têm instituições jurídicas semelhantes à do Brasil.

Além disso, se todos os elementos externos à conduta evidenciam que a importação e o cultivo não se destinam à preparação de drogas, expressão prevista no tipo penal, o julgamento de um caso concreto de tráfico poderia ainda implicar no reconhecimento da atipicidade formal da conduta.

Não há nada nos autos que indique que o cultivo se destine a fins recreativos ou ilícitos. Pelo contrário, foi apresentado cadastro do paciente para importação excepcional de produto derivado da *Cannabis* junto à ANVISA (ID 252917835). O impetrante formulou pedido de autorização para importação de 30 (trinta) sementes, bem como o cultivo de 60 (sessenta) plantas por ano, parâmetro já admitido em precedentes que examinaram a possibilidade de concessão da ordem para autorizar o cultivo para fins medicinais. Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem decidido pela concessão do salvo-conduto em situações semelhante a destes autos, com fixação de parâmetro a ser adotado quanto à limitação anual de sementes importadas (até 120 unidades) - (TRF 3ª Região, 11ª Turma, Recurso em Sentido Estrito n.º 5003820-66.2021.4.03.6181, Rel. Desembargador Federal JOSE MARCOS LUNARDELLI, julgado em 15/12/2021).

O entendimento exposto vai ao encontro de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que inaugurou novo entendimento da Corte sobre o cabimento de *Habeas Corpus* nesses casos e sobre a legalidade da concessão do salvo-conduto a quem necessita do cultivo para tratamento de saúde (RHC 147169).

Por fim, a pretensão envolve a busca de salvo-conduto sem *prazo* determinado, o que esbarra ao menos duas questões que não podem ser ignoradas e que foram alegadas nas informações da Polícia Civil.

A primeira delas envolve aspectos fitossanitários relacionados ao cultivo de semente importada. A ausência de regulação na esfera administrativa da autoprodução de óleo de cannabis, fruto da proibição e criminalização, obviamente não pode ser um entrave processual à busca de salvo-conduto, na esfera criminal, para



a conduta prevista formalmente como crime. O salvo-conduto concedido pelo reconhecimento da atipicidade material na esfera penal não repercute na esfera administrativa, ou seja, a decisão no HC não exclui eventuais ilícitos administrativos que as condutas possam caracterizar, e muito menos a possibilidade de atividades de fiscalização pelos órgãos de vigilância sanitária do país. Por outro lado, por se tratar de atividade não regulamentada, além da notória estrutura reduzida dos órgãos federais de vigilância sanitária, o salvo-conduto por prazo indeterminado criaria poucos incentivos para a obediência aos limites previstos no salvo-conduto.

Destaco ainda que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei 11343/06, prevê a possibilidade de plantio de vegetais como a *cannabis* exclusivamente para fins medicinais, o que não tem sido aplicado pelas autoridades sanitárias em razão da ausência de regulamentação. O dispositivo prevê expressamente que referida autorização seria condicionada a "local e prazo determinados"[1], o que deve ser levado em consideração na concessão de ordem de *habeas corpus* relacionada ao cultivo de *cannabis* para fins medicinais.

Assim, a fixação de prazo do salvo-conduto é compatível com a Lei 11.303/06 e parece relevante para que o paciente adote cautelas para não agir além de seus limites, já que eventual necessidade de continuidade do cultivo para o tratamento renovaria a necessidade de prestar contas em juízo sobre a real necessidade e os limites efetivamente prescritos pelo médico que acompanha seu tratamento de saúde.

A segunda questão envolve a prova do tempo de duração do tratamento e da real necessidade de uso do óleo de cannabis. A necessidade atual não necessariamente implica em necessidade no longo prazo. O laudo médico não indica o tempo provável de duração do tratamento, mas apenas que não foi possível determiná-lo ("indeterminado"). Aliás, parece razoável que não haja provas nesse sentido, porque médicos não têm bola de cristal e condições de saúde e enfermidade estão sujeitas a modificações não previsíveis.

A obtenção de salvo-conduto em *Habeas Corpus* para cultivo medicinal de *cannabis* é recente, por isso há questões pendentes a serem resolvidas pelos tribunais, tais como (i) o limite temporal do salvo-conduto diante do conteúdo das provas pré-constituídas relacionadas à duração do tratamento que fundamenta a necessidade do cultivo da cannabis; (ii) eventuais formas de fiscalização e controle do cultivo; (iii) mecanismos de desincentivo ao descumprimento dos limites do salvo-conduto enquanto as autoridades administrativas não contarem com estrutura fiscalizatória. Essas questões não foram resolvidas no julgamento do RHC 147169, pelo Superior Tribunal de Justiça. Aliás, ao indicar a autorização legal do cultivo de plantas para fins medicinais e científicos, prevista no artigo 2º, parágrafo único da Lei 11.343/2006, a decisão menciona os condicionantes da autorização: "mediante fiscalização e em locais e por prazos determinados" (destaquei).

Diante dessas ponderações, parece razoável que o salvo-conduto seja concedido com prazo de duração de 2 (*dois*) anos, amplo o suficiente para assegurar algum tempo de avaliação do tratamento e seus efeitos, mas limitado, para que permita não só que o paciente tenha ciência da responsabilidade de seguir os parâmetros do salvo-conduto, mas também para que a produção no tempo seja sujeita à alguma fiscalização estatal para evitar que perdure mais do que a real necessidade para o tratamento que lhe deu causa.

No mais, não se trata de ônus desproporcional ao paciente. O prazo de dois anos não pode ser considerado exíguo diante da celeridade do HC: o impetrante

ingressou com o HC em 28/04/2022 e a sentença de mérito foi proferida nesta data, em 24/06/2022, isso porque o impetrante foi intimado duas vezes para prestar esclarecimentos sobre o pedido. Além disso, a renovação do pedido ao juízo prevento sequer demandaria a constituição de advogado, dispensada no caso do *Habeas Corpus* (artigo 1º, par. 1º, da Lei 8906/94).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII, da CF e no artigo 660, §4º, do Código de Processo Penal, *CONCEDO* a ordem de *Habeas Corpus* requerida e *DETERMINO* a *EXPEDIÇÃO* de *SALVO-CONDUTO* ao paciente *LADISLAU CUNHA DE SOUSA BASTOS DA SILVA* para garantir: 1) que ele não seja preso nem processado criminalmente: (i) em razão da *importação anual* de até 30 (*trinta*) sementes de *cannabis sativa*, destinadas à produção de óleo integral da planta, exclusivamente para o tratamento da doença indicada no receituário médico (CID-10: F33.1 + M16 + S93.2), nem pelo (ii) *cultivo de até 60 (sessenta) plantas de cannabis por ano e plantação de até 30 plantas por mês*, bem como por colher, extrair, produzir artesanalmente e usar, conforme prescrição médica, o óleo integral extraído da planta; 2) que não haja apreensão ou destruição dos materiais e insumos cultivados para fins de tratamento único e exclusivo do paciente, observadas as limitações ora impostas.

Consigno que o presente salvo-conduto terá *validade pelo prazo de 2 (dois) anos*, após a sua expedição, cabendo ao paciente renovar o pedido antes da expiração do prazo caso haja necessidade de continuidade do cultivo para o tratamento médico. A medida se mostra necessária, já que por ora não há controle administrativo quanto ao plantio e cultivo da cannabis, tampouco viabilidade do monitoramento pelos órgãos de polícia com relação a todos aqueles que possuem salvo-conduto. Desse modo, a necessidade de renovação do salvo-conduto funciona como mecanismo de controle, mesmo porque não há provas de que a necessidade do medicamento irá perdurar toda a vida do paciente, nem de que a dosagem necessária permanecerá a mesma em um futuro mais remoto.

Ciência às partes. Publique-se a sentença no diário eletrônico.

Após, expeça-se salvo-conduto (art. 3º do CPP e art. 1.012, §1º, V, do CPC).

Encaminhe-se o salvo-conduto devidamente acompanhado da peça inicial às autoridades coatoras.

Independentemente da interposição de recurso, remetam-se os autos ao TRF3, pois se trata de sentença sujeita a reexame necessário (artigo 574, I, do Código de Processo Penal).

Pois bem.

Este Tribunal Regional Federal estabilizou sua jurisprudência no sentido de que a importação e o plantio individualizado de Cannabis, quando destinados a uso exclusivamente medicinal e mediante prescrição médica, é fato atípico.

A título exemplificativo, menciono os seguintes acórdãos: RSE 0010554-26.2018.4.03.6181, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Mauricio Kato, j. 14.10.2019, e-DJF3 Judicial 1 22.10.2019; ReeNec 0008194-55.2017.4.03.6181, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 18.06.2019, e-DJF3 Judicial 1 27.06.2019; RSE 5001515-46.2020.4.03.6181, Décima Primeira Turma, Rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 14.09.2020, e-DJF3 Judicial 1 16.09.2020.

Esse posicionamento é consentâneo com a jurisprudência que se está formando no Supremo Tribunal Federal, onde, a despeito da decisão que ainda pende de julgamento, com repercussão geral, no RE nº 635.659/SP, de relatoria do Minis-

tro Gilmar Mendes, há acórdãos da Segunda Turma no sentido da atipicidade da conduta quando se trata de importação de sementes de maconha: ARE 1.013.705 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04.02.2020, Processo Eletrônico, DJe-065 DIVULG 19.03.2020 PUBLIC 20.03.2020; HC 173.346 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04.10.2019, Processo Eletrônico DJe-225 DIVULG 15.10.2019 PUBLIC 16.10.2019.

No mesmo sentido, há decisões monocráticas do Min. Roberto Barroso (HC 131.310/SE, 19.12.2019; HC 143.798/SP, 19.12.2019; HC 147.478/SP, 19.12.2019) e esse é o entendimento que se vem firmando também no Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.838.937/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12.11.2019, DJe 20.11.2019; HC 473.250/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 12.03.2019, DJe 18.03.2019. Aliás, recentemente, a Sexta Turma do STJ proferiu a seguinte decisão:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SALVO-CONDUTO. CULTIVO ARTESANAL DE *CANNABIS SATIVA* PARA FINS MEDICINAIS. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. OMISSÃO REGULAMENTAR. DIREITO À SAÚDE.

1. O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser *ultima ratio*. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade.

2. A previsão legal acerca da possibilidade de regulamentação do plantio para fins medicinais, art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, permite concluir tratamento legal díspar acerca do tema: enquanto o uso recreativo estabelece relação de tipicidade com a norma penal incriminadora, o uso medicinal, científico ou mesmo ritualístico-religioso não desafia persecução penal dentro dos limites regulamentares.

3. A omissão legislativa em não regulamentar o plantio para fins medicinais não representa “mera opção do Poder Legislativo” (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade.

4. O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso, coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de canabidiol para uso próprio, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina.

5. Vislumbro flagrante ilegalidade na instauração de persecução penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva *cannabis sativa* para extração de canabidiol para uso próprio.

6. Recurso em *habeas corpus* provido para conceder salvo-conduto a Guilherme Martins Panayotou, para impedir que qualquer órgão de persecução penal, como polícias civil, militar e federal, Ministério Público estadual ou Ministério Público Federal, turbe ou embarace o cultivo de 15 mudas de *cannabis sativa* a cada 3 meses, totalizando 60 por ano, para uso exclusivo próprio, enquanto durar o tratamento, nos termos de autorização médica, a ser atualizada anualmente, que integra a presente ordem, até a regulamentação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006.

(STJ, RHC n. 147.169/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

No caso, está satisfatoriamente demonstrada nos autos a necessidade do paciente de uso medicinal de substância à base de *Cannabis sativa* (IDs 260142726, 260142727, 260142728, 260143019 e 260143020), tanto que obteve autorização da ANVISA para importar, até abril de 2024, o produto CannaBrasil (ID 260143014).

Além disso, tem-se por evidenciado o risco dele vir a sofrer repressão estatal pelo plantio terapêutico da droga, tendo em vista que a *Cannabis sativa* se encontra na lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (Lista E) constante da Portaria SVS/MS nº 344, de 12.05.1998, sendo, em regra, proibida a sua importação, exportação, comércio, manipulação e uso.

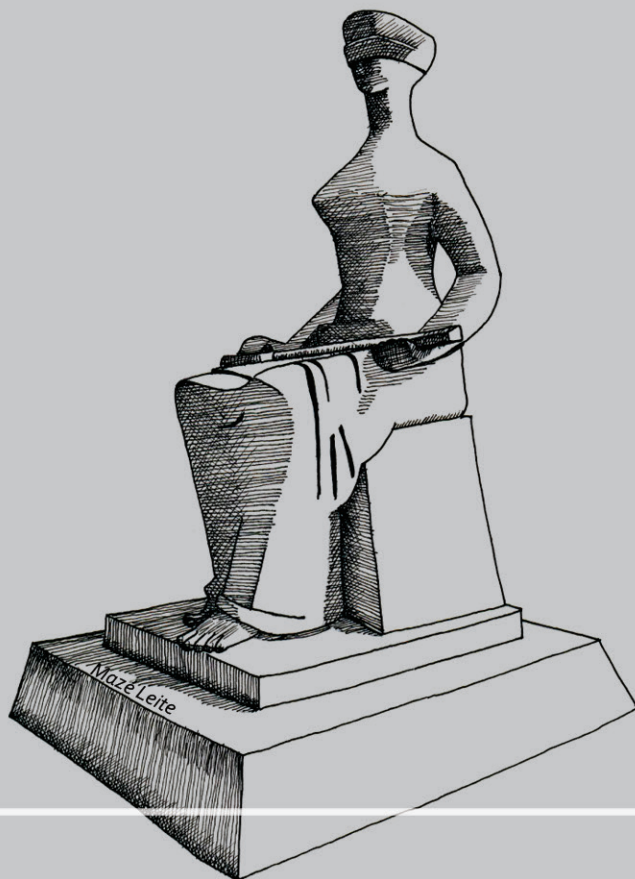
Assim, é o caso de confirmar a sentença para que o paciente não sofra repressão pelos agentes estatais em decorrência do porte, cultivo e uso medicinal de *Cannabis sativa*. Contudo, para que o plantio seja feito de forma lícita, deve respeitar os limites fixados pelo juízo.

Posto isso, *NEGO PROVIMENTO* ao reexame necessário.

*É o voto.*



# **Direito Previdenciário**







## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0006557-29.2011.4.03.6133**

Apelante: LEANDRO JORGE GUASCH  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 28/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 16, II e 74 A 79 DA LEI N.º 8.213/91. CASAMENTO. SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL ANTES DA ÉPOCA DO PASSAMENTO. HABILITAÇÃO DO AUTOR COMO DEPENDENTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. AUTOR ERA PARTE NO PROCESSO JUDICIAL QUE DEFERIU A SUSPENSÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE VARA FEDERAL INSTALADA NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA À ÉPOCA DA DECISÃO CONTROVERTIDA. CONTROVÉRSIA AFEITA ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO E NÃO À VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA MATERIAL. APELAÇÃO DO DEMANDANTE DESPROVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS EM SEDE RECURSAL.

1 - A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 16, III e 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

2 - O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

3 - As pessoas que podem ser consideradas dependentes estão elencadas no art. 16 da Lei de Benefícios, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, vigente à época do óbito.

4 - No caso dos autos, o evento morte, ocorrido em 30/04/2001, restou comprovado com a certidão de óbito, sendo que o requisito relativo à qualidade de segurada da falecida é incontroverso, eis que o seu último vínculo empregatício, iniciado em 05/07/1999, findou-se em 01/05/2001.

5 - A celeuma diz respeito à condição de dependente do autor em relação à instituidora da pensão.

6 - O demandante e a falecida contraíram núpcias na Argentina, em 12/09/1997. No entanto, as provas produzidas no curso da instrução não

permitem afirmar, com segurança, que o casal ainda mantinha o referido relacionamento à época do passamento.

7 - Há informação do Poder Judiciário Argentino de que a instituidora propusera ação de divórcio em face do autor, em 05 de fevereiro de 2001, no bojo da qual já tinha sido realizada uma audiência em 29 de março de 2001 e designada outra para 28 de maio de 2001, intervalo no qual a autora veio a falecer (30/04/2001), nos termos do artigo 236 do Código Civil então vigente naquele país, demonstrando, assim, a obstinação com que atuava a falecida no sentido de dissolver a sociedade conjugal, eis que não apenas propôs o divórcio em sua terra natal, como compareceu à primeira audiência e, devido à impossibilidade de reconciliação, assumiu o compromisso de ir à audiência definitiva.

8 - O ânimo de romper o vínculo matrimonial era evidente, o que revela o grau de desagregação do núcleo familiar que já ocorria à época. O desfecho almejado pela instituidora só não pôde se concretizar, em razão do seu falecimento, que ocorreu poucos dias antes da realização da segunda audiência.

9 - Embora o vínculo conjugal não tivesse sido formalmente extinto, o comportamento da instituidora também já exteriorizava, de forma bastante nítida, o rompimento do vínculo afetivo com o demandante, já que demonstrava clara intenção de não mais observar deveres basilares do matrimônio, conforme reconhecido pelo próprio autor. Ademais, o declarante na certidão de óbito foi o genitor da pessoa com quem ela estava se relacionando.

10 - Não se encontra, ainda, qualquer evidência material de que a falecida residisse em Mogi das Cruzes/SP na época do passamento, restando comprovado o seu domicílio na cidade de São Paulo. O mesmo não ocorre em relação ao autor, que declarou residir no Município de Mogi das Cruzes quando do requerimento administrativo do benefício de pensão por morte, o qual fora realizado 28 dias após o óbito da instituidora, bem como na petição com proposta de partilha dos bens, protocolada em 24 de julho de 2001, no bojo de ação de inventário, ajuizada na Comarca de Mogi das Cruzes.

11 - O casal estava em avançado processo de separação, de modo que é absolutamente compreensível que já não mais residissem juntos. Ao contrário de casais que mantém o compartilhamento do imóvel mesmo durante o processo de separação, devido à insuficiência de recursos ou à necessidade de manter a proximidade com os filhos, esse não era o caso da falecida e do autor.

12 - A relação de salários de contribuição comprova que a instituidora tinha considerável poder aquisitivo, já que recebera remuneração média, entre outubro de 2000 e abril de 2001, em valor superior a 34 (trinta e quatro) vezes o do salário-mínimo vigente à época, sendo que o autor já se declarava como comerciante de mármore e granito.

13 - Logo, diante de tais circunstâncias e considerando as máximas de experiências subministradas pelo que ordinariamente acontece (artigo 375 do CPC/2015), não é crível que o casal se submeteria ao desgaste de com-

partilhar o mesmo imóvel durante o processo de separação já deflagrado e em estágio avançado de conclusão, sobretudo considerando que eles não tinham filhos e a autora já estava se relacionando afetivamente com outra pessoa, segundo depoimento pessoal colhido na audiência de instrução.

14 - A conta em nome do autor, relativa ao endereço em São Paulo, apresentada somente em sede recursal, não altera tal conclusão, uma vez que restou evidente que ele já residia em Mogi das Cruzes na data do óbito.

15 - A ausência de coabitação, por si só, não seria óbice intransponível para o reconhecimento da persistência do vínculo conjugal, sobretudo considerando a diversidade das relações afetivas no mundo contemporâneo. No entanto, quando analisada em conjunto com as demais evidências produzidas no curso da instrução, reforça a tese de que o casal já não mais convivia na época do passamento.

16 - Reconhecida a separação de fato do casal, caberia ao demandante demonstrar que era dependente economicamente da instituidora na data do óbito, uma vez que não poderia se beneficiar da presunção prevista no artigo 16, §4, da Lei n. 8.213/91. No entanto, não foi produzida qualquer prova neste sentido, uma vez que a tese principal que norteou a narrativa desenvolvida pelo demandante foi a de que a ausência de extinção formal do vínculo conjugal, por si só, permitiria sua habilitação como dependente, para fins de recebimento de pensão por morte.

17 - Considerando que o demandante sempre se qualificou como “comerciante” e já morava em domicílio diverso da falecida, conclui-se que este possuía renda própria, em 2001, suficiente para manter o próprio sustento. Ausentes os requisitos exigidos, o autor não pode ser habilitado como dependente da instituidora. Precedentes.

18 - Ademais, não há falar em ilegalidade praticada pelo INSS no ato de suspensão do beneplácito por ausência de prévio procedimento administrativo ou de notificação do demandante, eis que o pagamento do benefício foi suspenso em estrito cumprimento à decisão judicial prolatada no bojo de ação anulatória de arrolamento de bens proposta pelo genitor da falecida em face do demandante.

19 - Constitui responsabilidade do magistrado a condução do processo nos termos do artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015 (antigo artigo 125 do CPC/1973), cabendo a ele reprimir ou prevenir atos contrários à dignidade da Justiça.

20 - Competente ou não o juízo do inventário, o agente autárquico não poderia, por si só, e sem maiores informações, se eximir de cumprir a ordem judicial exarada, sob pena de incorrer na conduta descrita no artigo 330 do Código Penal, sujeitando o infrator às penas de detenção e multa.

21 - Também não poderia condicionar o cumprimento da decisão judicial ao desfecho de procedimento administrativo que viesse a ser instaurado para apurar irregularidade no pagamento do benefício de pensão por morte, uma vez que constitui função típica do Poder Judiciário dar a última palavra acerca da legalidade dos atos praticados pelos demais Poderes da República, não podendo mero procedimento administrativo esterilizar a eficácia do provimento jurisdicional.

22 - Em sendo o autor parte na ação anulatória do arrolamento de bens, soa, no mínimo, incongruente o pleito de anulação do ato de suspensão do benefício de pensão por morte, fundado na ausência de notificação do pensionista pelo INSS, visto que, nessa posição, teve acesso à íntegra das decisões judiciais até então tomadas naqueles autos.

23 - A finalidade da comunicação dos atos administrativos é dar ciência do seu teor ao segurado ou dependente, a fim de que possa exercer seu direito de defesa. No entanto, o caso vertente detém a peculiaridade de que a suspensão decorreu de ordem judicial, de modo que o INSS não teve qualquer discricionariedade na sua prática, atuando como mero agente executor da determinação do Juízo.

24 - A impugnação da decisão de suspensão só poderia ser realizada no bojo do mesmo processo judicial que a deferiu, razão pela qual a ausência de notificação na seara administrativa não trouxe qualquer prejuízo ao demandante.

25 - Não há se falar, ainda, em nulidade do ato de suspensão do benefício, por decorrer de decisão prolatada por juízo incompetente, tendo em vista que a primeira Vara Federal somente foi instalada em Mogi das Cruzes em 2011, conforme consulta realizada junto ao sítio eletrônico deste Tribunal. Tal fato, aliás, é referenciado pelo próprio demandante em trecho de sua petição inicial. Assim sendo, como a Subseção Judiciária na qual reside o autor não era sede de Vara Federal em 2004 - época em que foi exarada a decisão controvertida -, por óbvio, eventual ação entre segurado, de um lado, e instituição previdenciária do outro, poderia ser proposta na Justiça Estadual, nos termos do artigo 109, §3º, da Constituição Federal, antes da alteração promovida pela EC n. 103/2019.

26 - Ao contrário do cidadão comum, que somente está obrigado a fazer o que a lei determina, o agente público não pode se omitir quando constata a ocorrência de alguma ilegalidade, sobretudo o magistrado, cuja atividade jurisdicional tem o escopo precisamente de garantir o cumprimento das leis. Desse modo, ao constatar que houve simulação do vínculo conjugal, fundamento que foi utilizado na decisão, segundo informações prestadas pelo próprio autor, não é absurda a determinação de suspensão do pagamento de prestação previdenciária resultante do mesmo tipo de expediente praticado em juízo.

27 - O último recurso do demandante interposto na ação anulatória, Agravo em Recurso Especial n. 603.868/SP, não foi admitido por manifesta intempestividade, conforme consulta ao C. Superior Tribunal de Justiça.

28 - Honorários advocatícios majorados em 2% (dois por cento), nos termos do artigo 85, §11, do CPC, respeitados os limites dos §§2º e 3º do mesmo artigo, observado o disposto no art. 98, § 3º do mesmo Diploma Processual.

29 - Apelação da parte autora desprovida.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do autor

e, em atenção ao disposto no artigo 85, §11, do CPC, majorar os honorários advocatícios em 2% (dois por cento), mantida a suspensão da exigibilidade de tal verba por cinco anos, nos termos do artigo 98, §3º, do CPC. Sustentou oralmente, por videoconferência, a Dra. CRISTINA NICOLADELLI DE SOUZA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por LEANDRO JORGE GUASCH, em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o restabelecimento do benefício previdenciário de pensão por morte (NB 121.168.712-8), cessado em 01/10/2004.

A r. sentença, prolatada em 11/05/2018, julgou improcedente o pedido deduzido na inicial e condenou o demandante no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, suspendendo, contudo, a exigibilidade destas verbas por cinco anos, nos termos do artigo 98, §3º, do Código de Processo Civil.

Em razões recursais, o autor pugna pela reforma do r. *decisum*, ao fundamento de que a suspensão do benefício pelo INSS foi ilegal, uma vez que o referido ato não foi precedido de procedimento administrativo, tampouco houve a notificação do demandante para que ele pudesse exercer seu direito de defesa. Afirma ainda que a determinação judicial de suspensão foi decretada por Juiz incompetente, razão pela qual ela não poderia subsistir. No mais, sustenta que mantinha vínculo conjugal com a falecida na época do passamento, razão pela qual deve ser enquadrado como seu dependente, para fins previdenciários. Subsidiariamente, em caso de conclusão pela separação de fato do casal, alega que dependia economicamente da instituidora, fazendo jus ao benefício vindicado.

Devidamente processado o recurso, com contrarrazões, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

## VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum*, encontrando-se regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

O benefício independe de carência, sendo percuente para sua concessão: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado quando do óbito, salvo na hipótese de o *de cujus* ter preenchido em vida os requisitos necessários ao



deferimento de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

A Lei de Benefícios, no art.16, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, vigente à época do óbito, prevê taxativamente as pessoas que podem ser consideradas dependentes, *in verbis*:

"I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido."(\*grifei)

O §3º do art. 16 da Lei de Benefícios dispõe que: "Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal".

Por sua vez, o Decreto nº 3.048/99, no seu art. 16, § 6º, com a redação vigente à época do óbito, considera união estável *"aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002"*.

Já a Lei nº 9.278/96, que regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal, dispõe que: *"É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família"*. Saliente-se que referido conceito consta da atual redação do §6º do art. 16 do RPS e no art. 1.723 do CC.

Do caso concreto.

O evento morte da Sra. Alicia Susana Gutiérrez, ocorrido em 30/04/2001, restou comprovado com a certidão de óbito.

O requisito relativo à qualidade de segurada da falecida restou incontroverso, eis que seu último vínculo empregatício, iniciado em 05/07/1999, findou-se em 01/05/2001 (ID 122827431 - p. 43).

A celeuma diz respeito à condição de dependente do autor em relação à instituidora.

Segundo a narrativa delineada na petição inicial, o demandante e a falecida contraíram núpcias na Argentina, em 12/09/1997, e jamais se separaram até a data do óbito.

A fim de comprovar a persistência do vínculo conjugal, foram anexados aos autos os seguintes documentos:

1 - certidão de casamento entre o autor e a falecida (ID 122827431 - p. 48);

2 - uma conta em nome do autor e outra em nome da falecida enviadas ao mesmo endereço e anexadas em sede recursal, a saber: a) BCP Telecomunicações, em nome de Leandro Jorge Guasch, Rua Jauaperi, 1123, Ap. 82, Indianópolis, São Paulo/SP, com data de emissão em 09/04/2001; e b) Extrato de Conta Universal, em nome de Alicia Susana Gutierrez, Al. Jauaperi, 123, Ap. 82, Indianópolis, São Paulo/SP, com posição em 20.04.2001 (ID 122827632 - p. 51/52).

Além disso, foi realizada audiência de instrução em 29/08/2013, na qual foram ouvidos o demandante e uma testemunha.

"Eu era casado com a falecida. Nós nos casamos na Argentina em 1997. Nunca nos separamos. Ela faleceu em 2001. Nosso último endereço como casal foi à Rua Juaperi, 1123, apartamento 82, Indianópolis, cidade de São Paulo - SP. O imóvel foi alugado em nome da falecida. Antes disso, nós moramos na Rua Manoel da Nóbrega. Eu sou comerciante do setor de mármore e granito e resido atualmente na Argentina. Cheguei a morar com a instituidora em Mogi das Cruzes, mas não me recordo o endereço. Apenas me lembro que era em frente ao CEASA de Mogi das Cruzes. Era um imóvel alugado. Acho que estava em meu nome e que o fiador era meu tio. Quando eu e a falecida viemos para o Brasil, moramos primeiro em Mogi das Cruzes, depois nos mudamos para a Rua Manoel da Nóbrega e, em seguida, para o bairro de Indianópolis, na capital de São Paulo. A instituidora morreu em Goiás, na cidade de Campo Alegre. Eu sempre tive uma relação ruim com meu sogro, que não gostou da nossa mudança para o Brasil após o matrimônio. Foi isso que o motivou a pedir a anulação do arrolamento de bens que eu tinha promovido. Reconheço que eu e a falecida tínhamos a intenção de nos divorciar à época do óbito, mas o processo jamais se concluiu. Eu e a instituidora não tivemos filhos. A falecida estava se envolvendo com um rapaz do trabalho. Ela estava em Goiás com esse rapaz na data do óbito. Aliás, o declarante na certidão de óbito era o pai do homem que estava se envolvendo com a instituidora. Não sei o porquê de tal pessoa ter sido a declarante do óbito. Também não sei quem fez o pedido de retificação da certidão de óbito. Eu estava em Belo Horizonte comprando pedras quando a instituidora faleceu" (depoimento pessoal do autor).

"Conheço o autor há dezesseis anos, por relacionamento de trabalho e por morarmos em cidades pequenas e muito próximas no sul da Argentina. Conheci o autor antes de conhecer a falecida. Primeiro o casal namorou e depois se casou. Eu não fui ao casamento deles. A instituidora e o demandante se casaram na Argentina. Não lembro quando se casaram. Sei que a falecida e o autor brigavam, mas não se separaram. Na data do óbito, o casal ainda estava vivendo junto. Eles moravam em Indianópolis, na Rua Juaperi. Eu frequentava o apartamento deles. Frequentava mais quando a falecida e o autor moravam na Rua Manoel da Nóbrega. Não sei se eles estavam se divorciando. A instituidora faleceu em uma estrada em Brasília. Não sei o que ela estava fazendo lá" (depoimento da testemunha LEANDRO ANDRÉS SOUCAZE).

As provas produzidas no curso da instrução, contudo, não permitem afirmar, com segurança, que o casal ainda mantinha o referido relacionamento à época do passamento.

De início, há informação do Poder Judiciário Argentino de que a instituidora propusera ação de divórcio em face do autor, em 05 de fevereiro de 2001, no bojo da qual já tinha sido realizada uma audiência em 29 de março de 2001 e designada outra para 28 de maio de 2001, intervalo no qual a autora veio a falecer (30/04/2001), nos termos do artigo 236 do Código Civil então vigente naquele país (ID 122827431 - p. 116).

Em consulta ao acervo legislativo do Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos da Argentina (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-xos/105000-109999/109481/texact.htm>), apurou-se que o casal argentino, após 3 (três) anos de matrimônio, podia solicitar o divórcio, sob o fundamento de que

existiam causas graves que tornavam moralmente impossível a vida em comum, nos termos do artigo 215 do Código Civil da Republica Argentina.

Ao tomar conhecimento do referido pleito, o Poder Judiciário daquele país então marcava uma audiência para, nos termos do artigo 236 do mesmo diploma legal, não só ouvir os cônjuges e tentar reconciliá-los, mas também averiguar se existia consenso acerca de questões relevantes como pensão alimentícia, guarda e regime de visita dos filhos e partilha dos bens. Se o apaziguamento do casal naquele momento se mostrasse inviável, era designada uma nova audiência e, caso a disposição de dissolução do vínculo conjugal persistisse, o Juízo então decretava o divórcio.

Não é possível saber o teor do que foi discutido em tal audiência, pois o mesmo artigo informa que as manifestações produzidas no curso de tal ato processual teriam caráter reservado e sequer constariam em ata.

O mesmo artigo 236 do Código Civil Argentino ainda dispunha que o não comparecimento do autor da ação à referida audiência de conciliação constituiria causa suficiente para o próprio “trancamento” do processo.

Tais considerações acerca do direito comparado não são trazidas à lume com a intenção de atribuir, em território nacional, efeitos jurídicos às disposições do Código Civil da República Argentina - norma aliás que foi revogada pelo Código Civil e Comercial da Nação, promulgado em 01/08/2015 -, mas apenas servem para demonstrar a obstinação com que atuava a falecida no sentido de dissolver a sociedade conjugal. Ela não apenas propôs o divórcio em sua terra natal, como compareceu à primeira audiência e, devido à impossibilidade de reconciliação, assumiu o compromisso de ir à audiência definitiva.

Diante de tais circunstâncias, o ânimo de romper o vínculo matrimonial era evidente, o que revela o grau de desagregação do núcleo familiar que já ocorria à época. O desfecho almejado pela instituidora só não pôde se concretizar, em razão do falecimento dela em 30 de abril de 2001 (ID 122827431 - p. 47), portanto, antes da segunda audiência de conciliação, que seria realizada poucos dias depois, em 28 de maio de 2001.

Embora o vínculo conjugal não tivesse sido formalmente extinto, o comportamento da instituidora também já exteriorizava, de forma bastante nítida, o rompimento do vínculo afetivo com o demandante, já que demonstrava clara intenção de não mais observar deveres basilares do matrimônio.

Neste sentido, o autor reconheceu que a falecida já estava se envolvendo amorosamente com um colega do trabalho à época do passamento - situação esta incompatível com o dever de lealdade que norteia a relação entre cônjuges. O demandante ainda informou que a instituidora estava viajando com esse rapaz para Goiás, quando sofreu acidente automobilístico fatal. O próprio declarante na certidão de óbito não foi o autor, mas sim o genitor da pessoa com quem ela estava se relacionando (ID 122827431 - p. 47).

A propósito, cumpre esclarecer que houve a expedição da primeira certidão de óbito, declarada pelo pai da pessoa com quem a instituidora estava se relacionando (ID 122827431 - p. 37) e, somente posteriormente, se averiguou que ela, na verdade, era casada e então se expediu nova certidão de óbito retificadora constando tal informação (ID 122827431 - p. 47), conforme esclarecimentos prestados pelo Oficial (ID 122827431 - p. 126/128).

Não se encontra ainda qualquer evidência material de que a falecida residisse em Mogi das Cruzes na época do passamento. Realmente, ficou comprovado que ela possuiu, em diferentes momentos, apenas os seguintes domicílios: Rua Manoel da Nóbrega, 405, apartamento 22, bairro Paraíso, cidade de São Paulo - SP - conforme registro no Sistema Nacional de Estrangeiros (ID 122827431 - p. 35) -, e Rua Alameda Jauaperi, 1123, apartamento 52, bairro Indianópolis, cidade de São Paulo - SP - indicado em fatura de cartão de crédito com vencimento em abril de 2001 (ID 122827632 - p. 52). Até mesmo na certidão de óbito retificadora constou que a falecida residia na cidade de São Paulo (ID 122827431 - p. 47), ainda que não tenha sido detalhado pormenorizadamente o endereço.

Todavia, no requerimento administrativo do benefício de pensão por morte realizado apenas vinte dias após o óbito da instituidora, em 21 de maio de 2001 (ID 122827431 - p. 52), o demandante declarou que residia na Rua Barão de Jaceguai, 601, na cidade de Mogi das Cruzes - SP. Ademais, na petição com proposta de partilha dos bens, protocolada em 24 de julho de 2001, no bojo de ação de inventário (ID 122827431 - p. 140), o demandante também apontou como seu domicílio o mesmo endereço.

Tais declarações de domicílio foram feitas voluntariamente pelo próprio pensionista interessado, não havendo razão alguma para duvidar de sua veracidade.

Outra forte evidência de que o autor já residia em Mogi das Cruzes na data do óbito é o fato de ele ter proposto a ação de inventário naquela Comarca, e não em São Paulo, que seria supostamente o domicílio do casal.

Com efeito, de acordo com o então vigente artigo 96 do Código de Processo Civil de 1973, a competência para processar a ação de inventário, em regra, cabia ao Juízo do domicílio do autor da herança, *in verbis*:

*"Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro" (g. n.).*

Como não foi apresentada qualquer evidência material de que a falecida residisse em Mogi das Cruzes na época do passamento e tal fato sequer foi mencionado na audiência de instrução, só se pode concluir que, na verdade, o inventário foi aberto no domicílio do autor.

E tal equívoco processual - consubstanciado no processamento da ação de inventário por Juízo diverso do domicílio da falecida - é absolutamente compreensível. Ao apresentar a petição inicial do inventário, o demandante anexou a certidão de casamento e declinou o endereço em Mogi das Cruzes como seu domicílio. Assim, quando o Juízo fez o exame de admissibilidade da referida peça processual constatou, em sede de cognição sumária e de acordo com a teoria da asserção, que todas as características do vínculo conjugal se mantinham incólumes, dentre elas a coabitação do casal. Desse modo, tendo o autor declarado que residia na cidade de Mogi das Cruzes, o magistrado foi induzido a presumir que a falecida também residia com o inventariante no mesmo local e, portanto, deferiu o processamento do feito.

Entretanto, repise-se, não há qualquer evidência que a instituidora também residisse com o demandante na cidade de Mogi das Cruzes na data do óbito. Aliás, nem mesmo o próprio autor sustentou tal tese ao longo de todo esse processo.

Aliás, em ato falho, logo no início do depoimento pessoal, entre 1min 08s e 1min14s de gravação, ao ser indagado onde o casal morava na data do óbito, o autor chega a afirmar “*aqui*”, ou seja, em Mogi das Cruzes, mas depois que o Juiz menciona o nome da cidade, o demandante altera o domicílio para São Paulo.

Outrossim, o casal estava em avançado processo de separação, de modo que é absolutamente compreensível que já não mais residissem juntos. Ao contrário de casais que mantêm o compartilhamento do imóvel mesmo durante o processo de separação, devido à insuficiência de recursos ou à necessidade de manter a proximidade com os filhos, esse não era o caso da falecida e do autor.

Neste sentido, a relação de salários de contribuição comprova que a instituidora tinha considerável poder aquisitivo, já que recebera a remuneração média de R\$ 5.212,00 (cinco mil, duzentos e doze reais) entre outubro de 2000 e abril de 2001 (ID 122827431 - p. 40), enquanto o maior salário mínimo no mesmo período era de R\$ 151,00 (cento e cinquenta e um reais). Por outro lado, o próprio autor já se declarava como comerciante de mármore e granito.

Diante de tais circunstâncias e considerando as máximas de experiências subministradas pelo que ordinariamente acontece (artigo 375 do CPC/2015), não é crível que o casal se submeteria ao desgaste de compartilhar o mesmo imóvel durante o processo de separação já deflagrado e em estágio avançado de conclusão, sobretudo considerando que eles não tinham filhos e a autora já estava se relacionando afetivamente com outra pessoa, segundo depoimento pessoal colhido na audiência de instrução.

A conta em nome do autor, relativa ao endereço em São Paulo, apresentada somente em sede recursal, portanto, não altera tal conclusão, uma vez que restou evidente que ele já residia em Mogi das Cruzes na data do óbito.

A ausência de coabitação, por si só, não seria óbice intransponível para o reconhecimento da persistência do vínculo conjugal, sobretudo considerando a diversidade das relações afetivas no mundo contemporâneo. No entanto, quando analisada em conjunto com as demais evidências produzidas no curso da instrução, reforça a tese de que o casal já não mais convivia na época do passamento.

Reconhecida a separação de fato do casal, caberia ao demandante demonstrar que era dependente economicamente da instituidora na data do óbito, uma vez que não poderia se beneficiar da presunção prevista no artigo 16, §4, da Lei n. 8.213/91.

Apesar disso, não foi produzida qualquer prova neste sentido, uma vez que a tese principal que norteou a narrativa desenvolvida pelo demandante foi a de que a ausência de extinção formal do vínculo conjugal, por si só, permitiria sua habilitação como dependente, para fins de recebimento de pensão por morte.

Ademais, o demandante sempre se qualificou como “*comerciante*” e já morava em domicílio diverso da falecida, razão pela qual se conclui que possuía renda própria, em 2001, suficiente para manter o próprio sustento.



Desse modo, ausentes os requisitos, o autor não pode ser habilitado como dependente da instituidora. A propósito, reporto-me aos seguintes precedentes desta Corte Regional:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. SEPARAÇÃO DE FATO COMPROVADA. SÚMULA N. 336 DO E. STJ. NÃO COMPROVAÇÃO DE NECES-SIDADE ECONÔMICA. PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA INFIRMADA. VALORES INTEGRAIS RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. BOA FÉ. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. TEMA 979 DO STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Verifica-se dos autos que a autora obteve a concessão do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Edilson Joaquim Sousa, ocorrido em 17.06.2016, na condição de esposa deste. Ocorre que a ora autora foi citada nos autos n. 0000465 – 89.2017.4.03.6338, que tramitou no Juizado Especial Federal Cível de São Bernardo do Campo/SP, em face de ação ajuizada por Maria Socorro Barros de Lima, que alegava ser companheira do Sr. Edilson Joaquim Sousa, fazendo jus também ao benefício de pensão por morte. Foi proferida sentença naqueles autos julgando improcedente o pedido, constando, entretanto, a seguinte passagem, que abaixo transcrevo: “Este Juízo também não restou convencido de que o falecido convivía com a corré Neusa, reservando-se, pois, ao INSS, adotar as providências que entender cabíveis quanto à manutenção do benefício de pensão por morte, já que das provas produzidas o convencimento foi no sentido de que o falecido não mantinha união estável à época do óbito”.

II - Em face de tal determinação, em dezembro de 2017, a Autarquia Previdenciária expediu ofício comunicando à demandante que, após a avaliação de que trata o artigo 11 da Lei nº 10.666/2003, identificou indício de irregularidade, tendo em vista que não há comprovação da união estável. Após apresentação de defesa pela ora autora, em junho de 2018, concluiu a Autarquia que esta não fazia jus ao recebimento da pensão por morte, devendo promover a restituição aos cofres públicos dos valores recebidos correspondente ao período de 17/06/2016 a 31/10/2017, acarretando um débito no montante de R\$ 51.039,92 (cinquenta e um mil e trinta e nove reais e noventa e dois centavos).

III - Não há se falar em coisa julgada, posto que, a despeito da participação da ora autora como corré nos autos n. autos n. 0000465 – 89.2017.4.03.6338, que tramitou perante o Juizado Especial Federal Cível de São Bernardo do Campo/SP, o provimento jurisdicional exarado abrangeu exclusivamente a pretensão da então autora, a Sra. Maria Socorro Barros de Lima, nada dispondo sobre o direito da ora autora, razão pela qual é possível adentrar ao mérito no âmbito da presente ação. Outrossim, é de se observar que não se operou a decadência do direito do INSS em revisar o benefício da parte autora, uma vez que não decorreu prazo superior a 10 (dez) anos entre a data da concessão do benefício (17.06.2016) e a deflagração do procedimento administrativo de revisão pela Autarquia (12/2017).

IV - Colhe-se dos autos que a autora contraiu núpcias com o Sr. Edilson Joaquim de Sousa em 20.05.1995, não havendo qualquer averbação de separação judicial ou divórcio. Para comprovar que não se encontrava separada de fato do falecido, a autora carreou os seguintes documentos, a saber: certidão de óbito, em que figura como declarante; contrato de locação na qual o falecido ostenta a posição de locatário relativamente a imóvel (apartamento n. 109 – Edifício Itajaí) situado à Rua Oceânica Amabile, n. 346, Praia Grande/SP, no período de 07.06.2014 a 07.12.2016, mesmo endereço indicado como domicílio da autora; plano de assistência funeral familiar, em nome do genitor da autora, o Sr. Theodolino Fran-



cisco Jorge, datado de 29.08.2009, em que o finado figura como beneficiário ; e fotografias, sem data, retratando a autora e o de cujus em eventos sociais e com familiares.

V - Do exame das provas materiais constantes dos autos e da prova testemunhal produzida, depreende-se que a autora encontrava-se separada de fato do falecido à época do óbito. Com efeito, é certo que não possuíam o mesmo domicílio, conforme se infere do endereço constante na certidão de óbito (Rua Batuira, n. 647, Assunção, São Bernardo do Campo/SP) com o endereço declinado na inicial e indicado no contrato de locação (rua Oceânica Amabile, nº 346 – apto 109, Ocian – Praia Grande/SP). Insta acentuar que as contas de energia elétrica emitidas à época do óbito estão exclusivamente em nome da autora. As fotografias acostadas aos autos não possuem data e o plano de assistência funeral familiar data de 2009, impossibilitando concluir pela convivência do casal no período imediatamente anterior ao óbito. Por seu turno, a testemunha ouvida em audiência foi categórica no sentido de que o falecido morava sozinho, recebendo a visita esporádica da Sra. Maria Socorro Barros de Lima, não havendo qualquer menção da permanência da autora na residência do de cujus.

VI - A despeito de a autora ainda ter contato com o falecido (foi declarante na certidão de óbito), restou configurada a separação de fato, de modo a infirmar a presunção de dependência econômica prevista no §4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91.

VII - Não se pode olvidar que mesmo havendo separação de fato, a autora poderá ser qualificada como dependente se comprovar que, após a separação, o falecido continuou lhe prestando auxílio financeiro, a demonstrar real necessidade econômica superveniente, nos termos do enunciado da Súmula n. 336 do e. STJ.

VIII - Não obstante o de cujus ostentasse a posição de locatário de imóvel em que residia a autora, conforme acima reportado, não se comprovou que o pagamento do aluguel fosse por ele realizado. Outrossim, não foram trazidos aos autos qualquer outro documento a demonstrar efetiva prestação de auxílio financeiro, tais como transferência de numerário e/ou aquisição de mantimentos, de forma regular e periódica. Cabe destacar, ainda, que a autora possuía vínculo empregatício, com data de admissão em 01.07.2012, auferindo renda no importe de R\$ 1.200,00.

IX - Afastada a presunção de dependência econômica que milita em favor da autora, em face da ocorrência de separação de fato, e da não comprovação de prestação de auxílio financeiro pelo de cujus, é de rigor a improcedência do pedido.

X - O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1381734, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 979), fixou a tese de que “Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados, decorrentes de erro administrativo (material ou operacional) não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela administração, são repetíveis, sendo legítimo o desconto no percentual de até 30% do valor do benefício pago ao segurado/beneficiário, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprove sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido”.

XI - Malgrado a autora encontrar-se separada de fato do falecido, restava mantido o vínculo conjugal, ante a ausência de divórcio ou separação judicial, o que poderia sugerir a preservação do direito ao benefício de pensão por morte. Ademais, a autora estava casada desde o ano de 1995, com indícios de manutenção da relação marital até o ano de 2014, o que corrobora a tese no sentido da existência de genuína convicção de que fazia jus ao benefício em comento.

XII - Há que se ter em conta também, o caráter alimentar dos benefícios previdenciários, bem como os princípios da segurança jurídica e da presunção de

legalidade dos atos administrativos, tendentes a gerar legítima confiança nos administrados de boa-fé.

XIII - Ante a sucumbência recíproca, tanto a autora quanto o INSS deverão arcar, respectivamente, com honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), sendo que a parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, terá a exigibilidade de seu débito suspensa, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC.

XV - Apelação da parte autora parcialmente provida.”

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002990-94.2019.4.03.6141, Rel. Desembargador Federal SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO, julgado em 13/07/2022, DJEN DATA: 18/07/2022)

“PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SEPARAÇÃO DE FATO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE.

1. Havendo rompimento do relacionamento conjugal, ainda que apenas de fato, a dependência econômica não é presumida e deve ser comprovada.

2. Insuficiente o conjunto probatório a demonstrar a dependência econômica entre a autora e o segurado falecido à época do óbito.

3. Preliminar rejeitada. No mérito, apelação da parte autora não provida.”

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5346593-79.2020.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal MARCELO GUERRA MARTINS, julgado em 28/06/2022, DJEN DATA: 04/07/2022)

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 E SEQUENTES DA LEI 8.213/91. SEPARAÇÃO DE FATO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. A pensão por morte é benefício previdenciário concedido aos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

2. A concessão do benefício de pensão por morte exige o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do de cujus, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91).

3. A separação, de fato ou de direito, por si só, não impede a concessão do benefício postulado. Todavia, a dependência econômica com relação ao ex-cônjuge não mais é presumida, devendo restar efetivamente demonstrada.

4. O conjunto probatório dos autos não é suficiente para demonstrar dependência econômica do autor em relação à falecida.

5. Apelação da parte autora não provida.”

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001588-52.2011.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal NILSON MARTINS LOPES JUNIOR, julgado em 05/05/2022, DJEN DATA: 11/05/2022)

Por derradeiro, também não merecem prosperar os argumentos de índole formal opostos pelo autor à cessação do benefício.

Em primeiro lugar, não há falar em ilegalidade praticada pelo INSS no ato de suspensão do beneplácito por ausência de prévio procedimento administrativo ou de notificação do demandante.

De acordo com a informação prestada pelas partes, corroboradas pelo extrato do CNIS anexado aos autos (ID 122827431 - p. 62), o pagamento do benefício foi

suspensão em estrito cumprimento à decisão judicial prolatada no bojo de ação anulatória de arrolamento de bens proposta pelo genitor da falecida em face do demandante.

Deveras, constitui responsabilidade do magistrado a condução do processo nos termos do artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015 (antigo artigo 125 do CPC/1973), cabendo a ele reprimir ou prevenir atos contrários à dignidade da Justiça.

Competente ou não o juízo do inventário, o agente autárquico não poderia, por si só, e sem maiores informações, se eximir de cumprir a ordem judicial exarada, sob pena de incorrer na conduta descrita no artigo 330 do Código Penal, sujeitando o infrator às penas de detenção e multa. Ademais, o atual artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, dispõe que:

"Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

*IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;"*

Desse modo, não se pode falar em ilegalidade do INSS por realizar ato em estrito cumprimento à ordem judicial. Realmente, não poderia o agente da Autarquia Previdenciária agir de modo diverso, sob pena de atrair para si a incidência de toda sorte de penalidades processuais e materiais.

Tampouco o INSS poderia condicionar o cumprimento da decisão judicial ao desfecho de procedimento administrativo que viesse a ser instaurado para apurar irregularidade no pagamento do benefício de pensão por morte. Isso porque constitui função típica do Poder Judiciário dar a última palavra acerca da legalidade dos atos praticados pelos demais Poderes da República, não podendo mero procedimento administrativo esterilizar a eficácia do provimento jurisdicional.

Ademais, soa, no mínimo, incongruente o pleito de anulação do ato de suspensão fundado na ausência de notificação do pensionista pelo INSS. Isso porque o autor era parte na ação anulatória do arrolamento de bens, conforme demonstra a certidão de objeto e pé anexada aos autos (ID 122827431 - p. 178) e, nesta posição, teve acesso à íntegra das decisões judiciais até então tomadas, razão pela qual não houve surpresa ante a cessação do beneplácito.

A finalidade da comunicação dos atos administrativos é dar ciência do seu teor ao segurado ou dependente, a fim de que possa exercer seu direito de defesa. No entanto, o caso vertente detém a peculiaridade de que a suspensão decorreu de ordem judicial, de modo que o INSS não teve qualquer discricionariedade na sua prática, atuando como mero agente executor da determinação do juízo.

Assim, a impugnação da decisão de suspensão só poderia ser realizada no bojo do mesmo processo judicial que a deferiu, razão pela qual a ausência de notificação na seara administrativa não trouxe qualquer prejuízo ao demandante.

Igualmente não merece prosperar a alegação de nulidade do ato de suspensão do benefício, pois decorrente de decisão prolatada por juízo incompetente.

Segundo o disposto no artigo 86 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da determinação judicial controvertida: *“As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral”* (g. n.).

Entretanto, é importante destacar que a jurisdição é una, eis que constitui expressão da própria soberania do Estado Nacional, estabelecendo a competência apenas o critério organizacional para o exercício deste poder pelas diversas unidades jurisdicionais. Por essa razão, nem todas as decisões prolatadas por juízo incompetente são absolutamente desprovidas de efeitos jurídicos.

Neste sentido, o artigo 219 do Código de Processo Civil de 1973 já estabelecia que a citação seria válida e produziria seus efeitos típicos ainda que determinada por juízo incompetente, *in verbis*:

“Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, *ainda quando ordenada por juiz incompetente*, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.” (g. n.)

Ademais, a fim de assegurar a efetividade do processo, desdobramento da garantia constitucional à inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, são consideradas válidas as decisões judiciais tomadas com a finalidade de evitar perecimento de direito ou lesão grave e de difícil reparação, ainda que ordenadas por juízo incompetente no exercício do poder geral de cautela, nos termos do então vigente artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973.

Esta, aliás, é posição jurisprudencial dominante conforme se infere dos seguintes precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. VALIDADE DE DECISÃO PROFERIDA EM REGIME DE URGÊNCIA POR JUÍZO INCOMPETENTE. POSSIBILIDADE. NULIDADE DE DECISÃO SUCINTA. NÃO CABIMENTO. MULTA. EMBARGOS NÃO PROTETATÓRIO. SÚMULA 98/STJ.

1. A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pelo agravante. Os fundamentos do aresto a quo são cristalinos. Inexistem, portanto, omissões, contradições, obscuridades ou ausência de motivação a sanar.

2. A recorrente argumenta que não existe decisão judicial válida determinando o bloqueio dos seus bens, pois a decisão proferida pelo juízo incompetente é nula (violação do art. 113 § 2º do CPC) e a do juízo competente carece de fundamentação (ofensa ao art. 165 do CPC).

3. O acórdão recorrido concluiu pela validade: a) da decisão proferida pelo juízo incompetente, que decretou, em antecipação de tutela, a indisponibilidade dos bens em questão com o objetivo de assegurar o ressarcimento do suposto dano ao patrimônio público, até o pronunciamento do juízo competente; b) da decisão do juízo competente que não desbloqueou os bens da recorrente, pois a decisão, embora concisa, está fundamentada nas alegações autorais e nos documentos que instruíram a petição de ingresso (art. 93, IX, CF) (e-STJ fls. 17/18).

4. *Em regra, o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo implica a nulidade dos atos decisórios por ele praticados, mas isso não o impede, em face do*

*poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do CPC, de conceder ou manter, em caráter precário, medida de urgência, para prevenir perecimento de direito ou lesão grave e de difícil reparação, até ulterior manifestação do juízo competente. Assim, não ofende o art. 113, § 2º do CPC a decisão que, a despeito de declinar da competência para vara especializada, manteve os efeitos da antecipação de tutela já concedida até a sua reapreciação pelo juízo competente. Precedentes. (...)*

10. Recurso especial provido em parte."

(REsp n. 1.038.199/ES, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 7/5/2013, DJe de 16/5/2013.)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. LIMINAR MANTIDA. PERECIMENTO DE DIREITO. POSSIBILIDADE.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

"2. Não ofende o art. 113 § 2º do CPC a decisão que, a despeito de declinar da competência para vara especializada, mantém os efeitos da antecipação de tutela já concedida até a sua reapreciação pelo juízo competente."

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp n. 937.652/ES, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/6/2012, DJe de 28/6/2012.)

O Novo Código de Processo Civil de 2015 foi ainda mais explícito nesta questão, consignando expressamente que serão preservados os efeitos das decisões prolatadas por juízo incompetente, até que elas sejam substituídas por outra do juízo competente, nos termos do artigo 64, §4º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

(...)

§ 4º *Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente."*

O próprio C. Superior Tribunal de Justiça já vem adotando tal tese, conforme se infere do seguinte precedente recentíssimo:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. EFEITO DA DECISÃO DO JUÍZO INCOMPETENTE. EXEGESE DO ART. 64, §4º, DO CPC.

1. Ação de busca e apreensão.

2. Tratando-se de relação de consumo, na qual a competência para julgamento da demanda é de natureza absoluta, deve a ação ser interposta no domicílio do consumidor.

3. Não compete a esta Corte proceder a cassação da decisão do juiz singular incompetente que deferiu o pedido de liminar formulado pela parte agravada, uma vez que, conforme preceitua o art. 64, § 4º, do CPC, as decisões proferidas em

*juízo incompetente em regra conservam o seu efeito, até que outra seja proferida pelo juízo declarado competente.*

4. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp n. 1.449.023/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/4/2020, DJe de 23/4/2020.)

Assim, a incompetência do juízo, por si só, não configuraria condição suficiente para a decretação da nulidade de ato processual, sendo imprescindível analisar o seu conteúdo decisório, mesmo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Por outro lado, em consulta às informações do site deste Tribunal ([www.jfsp.jus.br/comunicacao-publica/indice-noticias/noticias-2012/19062012-vara-federal-em-mogi-das-cruzes-completa-1-ano-de-instalacao](http://www.jfsp.jus.br/comunicacao-publica/indice-noticias/noticias-2012/19062012-vara-federal-em-mogi-das-cruzes-completa-1-ano-de-instalacao)), ratificou-se que a primeira Vara Federal somente foi instalada em Mogi das Cruzes em 2011. Tal fato, aliás, é referenciado pelo próprio demandante no seguinte trecho de sua petição inicial (ID 122827431 - p. 8):

*“(...) a Justiça Federal é o juízo competente para processar e julgar causas em que o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social -, entidade autárquica federal, for interessado na condição de autor, ré assistente ou oponente, exceto as de falência, as de acidentes do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Isso porque, como demonstram os documentos anexados aos autos do processo administrativo e o comprovante de residência do autor, seu domicílio está sediado na comarca de Mogi das Cruzes. E, em virtude da recente criação da Vara Federal de Mogi das Cruzes, vem o autor perante este R. Juízo postular o restabelecimento de seu benefício previdenciário de pensão por morte”*

Ora, como a Subseção Judiciária na qual reside o autor não era sede de Vara Federal em 2004 - época em que foi exarada a decisão controvertida -, por óbvio, eventual ação entre segurado, de um lado, e instituição previdenciária do outro, poderia ser proposta na Justiça Estadual, nos termos do artigo 109, §3º, da Constituição Federal, antes da alteração promovida pela EC n. 103/2019.

Por outro lado, ao contrário do cidadão comum, que somente está obrigado a fazer o que a lei determina, o agente público não pode se omitir quando constatada a ocorrência de alguma ilegalidade, sobretudo o magistrado, cuja atividade jurisdicional tem o escopo precisamente de garantir o cumprimento das leis.

Assim, ao constatar que houve simulação do vínculo conjugal, fundamento que foi utilizado na decisão, segundo informações prestadas pelo próprio autor, não é absurda a determinação de suspensão do pagamento de prestação previdenciária resultante do mesmo tipo de expediente praticado em juízo.

Pode-se questionar se a via estreita da ação anulatória de arrolamento de bens comportava a determinação imediata de suspensão do benefício, ou se o procedimento mais adequado seria intimar o INSS para apurar eventual irregularidade no pagamento da pensão por morte no âmbito administrativo.

No entanto, tal questão não se confunde com desrespeito à competência - uma vez que tal controvérsia seria apreciada, à época, inevitavelmente pela Justiça Estadual, no exercício da competência delegada, eis que, repise-se, não havia vara da justiça federal instalada na subseção judiciária de Mogi das Cruzes.



Por derradeiro, em consulta ao C. Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o último recurso do demandante proposto na referida ação anulatória, o Agravo em Recurso Especial n. 603.868/SP, não foi admitido por manifesta intempestividade, conforma decisão monocrática ora colacionada:

“Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 603.868 - SP (2014/0261457-6)

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ

AGRAVANTE: LEANDRO JORGE GUASCH

ADVOGADO: MARCELO FERREIRA MARINHO ALVES E OUTRO(S)

AGRAVADO: OSVALDO AUGUSTIN GUTIERREZ

ADVOGADOS: MARCO ANTÔNIO MAIA LOUZADA

MARIA MARTA DOS SANTOS DIAS

DECISÃO

Mediante análise dos autos, verifica-se que o v. acórdão recorrido foi publicado em 21/1/2014 (fl. 555), sendo o recurso especial somente interposto em 11/2/2014 (fl. 596).

Dessa forma, inadmissível, porquanto intempestivo, eis que interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 508 do CPC.

A propósito, conforme jurisprudência dominante nesta Corte, a ocorrência de feriado local, recesso, paralisação ou interrupção do expediente forense deve ser demonstrada por documento idôneo, no ato da interposição do recurso que pretende seja conhecido. Nesse sentido: AgRg no AREsp 527.290/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 22/8/2014.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1º da Resolução STJ n.º 17/2013, nego seguimento ao recurso”

Ante todo o exposto, *nego provimento* à apelação do autor e, em atenção ao disposto no artigo 85, §11, do CPC, *majoro* os honorários advocatícios em 2% (dois por cento), mantida a suspensão da exigibilidade de tal verba por cinco anos, nos termos do artigo 98, §3º, do CPC.

É como voto.

## **AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL**

### **0022970-91.2013.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelada: MARIA DAS GRACAS DA ROCHA  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - TEMA REPETITIVO Nº 692/STJ - DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA - JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

1. Nos termos do artigo 1.040 do CPC/2015, publicado o acórdão paradigma, *"o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior"* (inciso II). Como se vê, o juízo de retratação tem lugar quando o acórdão recorrido divergir do entendimento adotado pelo STF ou pelo STJ num precedente de observância obrigatória.

2. No caso, o acórdão em reexame contraria o entendimento que veio a ser consagrado no julgamento da Petição nº 12.482/DF (Tema 692/STJ), no sentido de que *"a reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago"*.

3. De rigor a retratação, bem assim o provimento do agravo legal interposto pelo INSS, reconhecendo-se a possibilidade de devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada.

4. Juízo de retratação positivo. Agravo legal provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu, em sede de juízo de retratação positivo, dar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de JUÍZO DE RETRATAÇÃO em face de acórdão desta C. Turma, o qual afastou a possibilidade de devolução de eventuais valores percebidos de boa-fé e por decisão judicial.

A Vice-Presidência desta C. Corte determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora para verificação da pertinência de proceder-se a um juízo positivo de retratação, ao fundamento de que o acórdão recorrido destoaria, em princípio, do entendimento sufragado pelo Egrégio STJ, no julgamento da Petição nº 12.482/DF (Tema 692/STJ).

É O RELATÓRIO.

### **VOTO**

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Nos termos do artigo 1.040 do CPC/2015, publicado o acórdão paradigma, *"o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior"* (inciso II).

Como se vê, o juízo de *retratação* tem lugar quando o acórdão recorrido divergir do entendimento adotado pelo STF ou pelo STJ num precedente de observância obrigatória.

No caso dos autos, o acórdão impugnado afastou a possibilidade de devolução de eventuais valores percebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada, sob o fundamento de que, no confronto entre o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, deve preponderar a irrepetibilidade de verbas de natureza alimentar recebidas de boa-fé pelo segurado.

Nesse cenário, forçoso é concluir que o acórdão em reexame contraria o entendimento que veio a ser consagrado no julgamento da Petição nº 12.482/DF (Tema 692/STJ), oportunidade em que foi confirmada a seguinte tese jurídica: *"A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago"*.

Por conseguinte, de rigor a retratação, bem assim o provimento do agravo legal interposto pelo INSS, reconhecendo-se a possibilidade de devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada.

Ante o exposto, em sede de juízo positivo de retratação, previsto no artigo 1.040, inciso II, do CPC/2015, DOU PROVIMENTO ao agravo legal, para declarar que, revogada a tutela antecipada, os valores recebidos a esse título poderão ser cobrados, em conformidade com o decidido no Tema Repetitivo nº 692/STJ.

É COMO VOTO.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **0000694-18.2016.4.03.6004**

Apelante: WALDEMIR DELGADO TACEO  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DALDICE SANTANA  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 04/10/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. INTERESSE DE AGIR. AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. INCAPACIDADE LABORAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. CUSTAS JUDICIAIS. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

- As concessões administrativas de auxílios por incapacidade temporária em datas posteriores às requeridas e de forma descontínua não retira o interesse de agir da parte autora.

- São requisitos para a concessão dos benefícios: a qualidade de segurado, a carência de 12 (doze) contribuições mensais - quando exigida, a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insuscetível de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência (aposentadoria por incapacidade permanente) ou a incapacidade temporária (auxílio por incapacidade temporária), bem como a demonstração de que o segurado não estava previamente incapacitado ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

- Comprovada a incapacidade laboral da parte autora para as atividades habituais por meio da perícia médica judicial e preenchidos os demais requisitos para a concessão do benefício - qualidade de segurado e carência -, é devido o auxílio por incapacidade temporária.

- O termo inicial da concessão do benefício previdenciário por incapacidade laboral é o dia seguinte ao da cessação administrativa ou a prévia postulação administrativa. Precedentes do STJ.

- Sobre atualização do débito e compensação da mora, até o mês anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 113, de 8/12/2021, há de se adotar o seguinte: (i) 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; (ii) 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.

- Desde o mês de promulgação da Emenda Constitucional n. 113, de 8/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela Taxa SELIC,

mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da Taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

- A Autarquia Previdenciária deverá pagar as custas processuais ao final do processo no Estado de Mato Grosso do Sul.
- Invertida a sucumbência, condeno o INSS a pagar honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre a condenação, computando-se o valor das parcelas vencidas até a data deste acórdão, já computada a sucumbência recursal pelo aumento da base de cálculo (acórdão em vez de sentença), consoante critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC e Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.
- Apelação provida em parte.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da sentença que julgou improcedente o pedido de benefício de aposentadoria por incapacidade permanente e julgou extinto o feito sem julgamento do mérito em relação ao pedido de auxílio por incapacidade temporária em razão de falta de interesse de agir, condenando-a ao pagamento de verba honorária, observada a gratuidade de justiça.

Nas razões de apelação, alega o preenchimento de todos os requisitos necessários à obtenção do auxílio por incapacidade temporária, razão pela qual requer a reforma do julgado. Prequestiona a matéria.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

### **VOTO**

Conheço da apelação, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, verifico que a extinção do feito sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir não merece prosperar, uma vez que as concessões administrativas de auxílios por incapacidade temporária ao autor ocorreram de forma descontínua e após a data requerida na petição inicial.

No mérito, discute-se nos autos o direito da parte autora a benefício por incapacidade laboral.

A cobertura do evento incapacidade para o trabalho é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II, da Seguridade Social, especialmente no artigo

201, I, da Constituição Federal (CF/1988), cuja redação atual é dada pela Emenda Constitucional n. 103, publicada em 13/11/2019 (EC n. 103/2019):

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (...)”.

Já a Lei n. 8.213/1991, aplicando o princípio da distributividade (artigo 194, parágrafo único, III, da CF/1988), estabelece as condições para a concessão desse tipo de benefício.

A *aposentadoria por invalidez*, atualmente denominada *aposentadoria por incapacidade permanente* (EC n. 103/2019), é devida ao segurado que for considerado *permanentemente* incapaz para o exercício de quaisquer atividades laborativas, não sendo possível a reabilitação em outra profissão.

Nos termos do artigo 42 da Lei n. 8.213/1991, o benefício será devido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e será pago enquanto perdurar esta condição.

Por sua vez, o *auxílio-doença*, atualmente denominado *auxílio por incapacidade temporária* (EC n. 103/2019), é devido ao segurado que ficar *temporariamente* incapacitado para o trabalho e, à luz do disposto no artigo 59 da Lei n. 8.213/1991, “*não para quaisquer atividades laborativas, mas para (...) sua atividade habitual*” (Direito da Seguridade Social, Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, Livraria do Advogado e Esmafe, Porto Alegre, 2005, p. 128).

São requisitos para a concessão desses benefícios, além da incapacidade laboral: a qualidade de segurado, a carência de 12 (doze) contribuições mensais, quando exigida, bem como a demonstração de que o segurado não estava previamente incapacitado ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

Caso reconhecida a incapacidade apenas *parcial* para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de benefício por incapacidade permanente ou temporária. Pode, ainda, conceder auxílio-acidente, na forma do artigo 86 da Lei n. 8.213/1991, se a parcial incapacidade decorre de acidente de trabalho, ou de qualquer natureza, ou ainda de doença profissional ou do trabalho (artigo 20, I e II, da mesma lei).

O reconhecimento da incapacidade laboral, total ou parcial, depende da realização de perícia médica, por perito nomeado pelo Juízo, nos termos do Código de Processo Civil (CPC). Contudo, o Juiz não está adstrito unicamente às suas conclusões, podendo valer-se de outros elementos pessoais, profissionais ou sociais para a formação de sua convicção, desde que constantes dos autos.

Alguns enunciados da Turma Nacional de Uniformização (TNU) são pertinentes a esse tema.

Súmula 47 da TNU: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”.



Súmula 53 da TNU: “Não há direito a auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez quando a incapacidade para o trabalho é preexistente ao reingresso do segurado no Regime Geral de Previdência Social”.

Súmula 77 da TNU: “O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual”.

No caso dos autos, a perícia médica judicial, realizada em 12/9/2017, constatou a incapacidade laboral total e temporária do autor (nascido em 1977, qualificado no laudo como pescador profissional), por ser portador de tuberculose.

A perita fixou a data de início da incapacidade em 12/9/2016 e estimou prazo de seis meses para possível recuperação da capacidade laboral.

Lembro, por oportuno, que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial. Contudo, os demais elementos de prova não autorizam convicção em sentido diverso.

Os relatórios médicos colacionados aos autos declaram a incapacidade laboral da autora e corroboram a conclusão da perita.

Os demais requisitos para a concessão do benefício - filiação e período de carência - também estão cumpridos.

Em decorrência, é devido o auxílio por incapacidade temporária, na esteira dos precedentes que cito:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE PARCIAL PARA O TRABALHO HABITUAL. 1. É devido o auxílio-doença ao segurado considerado parcialmente incapaz para o trabalho, mas suscetível de reabilitação profissional para o exercício de outras atividades laborais. 2. Recurso improvido”. (REsp 501267 / SP RECURSO ESPECIAL 2003/0018983-4 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 27/04/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 28/06/2004 p. 427)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO. COMPROVAÇÃO. INCAPACIDADE LABORAL TOTAL E TEMPORÁRIA. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO A CONTAR DO LAUDO PERICIAL. I - A consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS comprova o preenchimento da carência exigida por Lei e a manutenção da qualidade de segurado da autora quando do ajuizamento da ação. II - As conclusões obtidas pelo laudo pericial comprovam a incapacidade total e temporária da autora para o exercício de atividade laborativa, devendo ser concedido o auxílio-doença. III - Não houve fixação do início da incapacidade, razão pela qual a data de início do benefício deve corresponder à data do laudo pericial. IV - Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas. Tutela antecipada”. (APELREE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1497185 Processo: 2010.03.99.010150-5 UF: SP Órgão Julgador: NONA TURMA Data do Julgamento:13/09/2010 Fonte: DJF3 CJ1 DATA:17/09/2010 PÁGINA: 836 Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS).

Quanto ao termo inicial, cabe destacar que o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a prova técnica prestar-se-ia unicamente

para nortear o convencimento do juízo quanto à pertinência do novo benefício, mas não para atestar o efetivo momento em que a moléstia incapacitante se instalou.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CITAÇÃO VÁLIDA. MATÉRIA JÁ DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. O tema relativo ao termo inicial de benefício proveniente de incapacidade laborativa já foi exaustivamente debatido nesta Corte, a qual, após oscilações, passou a rechaçar a fixação da Data de Início do Benefício - DIB a partir do laudo pericial, porquanto a prova técnica prestar-se-ia unicamente para nortear o convencimento do juízo quanto à pertinência do novo benefício, mas não para atestar o efetivo momento em que a moléstia incapacitante se instalou.

2. Atualmente a questão já foi decidida nesta Corte sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), restando pacificada a jurisprudência no sentido que “A citação válida informa o litígio, constitui em mora a autarquia previdenciária federal e deve ser considerada como termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida na via judicial quando ausente a prévia postulação. (REsp 1.369.165/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 7/3/2014).

3. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1311665/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 17/10/2014)

Nesse passo, considerada a percepção de auxílio-doença em razão das mesmas doenças no período de 17/5/2016 a 30/9/2016 (vide CNIS), o termo inicial fica fixado no dia imediatamente posterior ao da cessação do referido benefício, por estar em consonância com os elementos de prova dos autos e com a jurisprudência dominante.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL.

1. O termo inicial da concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez é a prévia postulação administrativa ou o dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença. Ausentes a postulação administrativa e o auxílio-doença, o termo a quo para a concessão do referido benefício é a citação. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no REsp 1418604/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 11/02/2014)

O benefício é devido até a data da concessão administrativa do auxílio por incapacidade temporária em 11/8/2017.

Os valores já recebidos a título de quaisquer benefícios previdenciários ou assistenciais não cumuláveis, administrativa ou judicialmente, deverão ser abatidos do débito.

Passo à análise dos consectários.

Sobre atualização do débito e compensação da mora, até o mês anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 113, de 8/12/2021, há de se adotar o seguinte:

(i) 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;

(ii) 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.

Contudo, desde o mês de promulgação da Emenda Constitucional n. 113, de 8/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela Taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da Taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

Sobre as custas processuais, no Estado de Mato Grosso do Sul, estas serão pagas pela Autarquia Previdenciária ao final do processo, nos termos do artigo 91 do CPC e da Lei Estadual n. 3.779/2009, a qual revogou a isenção concedida na legislação estadual pretérita.

Invertida a sucumbência, condeno o INSS a pagar honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre a condenação, computando-se o valor das parcelas vencidas até a data deste acórdão, já computada a sucumbência recursal pelo aumento da base de cálculo (acórdão em vez de sentença), consoante critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC e Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, na fase de execução, o percentual deverá ser reduzido, se o caso, na hipótese do artigo 85, § 4º, II, do mesmo código, se a condenação ou o proveito econômico ultrapassar duzentos salários mínimos.

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo que não houve qualquer infringência a dispositivos de lei federal ou constitucionais.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* à apelação para conceder o auxílio por incapacidade temporária de 1/10/2016 a 10/8/2017, discriminados os consectários legais.

É o voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5002708-61.2018.4.03.6183**

Apelante: NAIR MARIA DOS SANTOS MARTINS  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 26/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR NÃO COMPROVADO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

I - Consoante se depreende dos documentos constantes dos autos, a propriedade rural da família da demandante contava com 367 hectares, possuindo mais de 04 (quatro) módulos rurais, o que descaracteriza o exercício de atividade rural em regime de economia familiar.

II - Na verdade, o legislador teve por escopo dar proteção àqueles que, não qualificados como empregados, desenvolvem atividades primárias, sem nenhuma base organizacional e sem escala de produção, em que buscam, tão-somente, obter aquele mínimo de bens materiais necessários à sobrevivência. Não é, portanto, o caso dos autos, devendo a autora ser qualificada como contribuinte individual, a teor do art. 11, V, a, da Lei nº 8.213/91.

III - Apelação da autora improvida.

### **ACÓRDÃO**

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

### **RELATÓRIO**

*O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator):* Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido formulado em ação previdenciária que objetiva o reconhecimento de atividade rural em regime de economia familiar e a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Pela sucumbência, condenada a demandante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observando-se a gratuidade judiciária concedida.

Em sua apelação, busca a autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que restou comprovada, por início razoável de prova material, corroborada por prova testemunhal, a atividade rural desenvolvida em regime de economia

familiar, no período de 15.10.1976 a 31.12.1994, de modo que faz jus à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo efetuado em 23.08.2017.

Sem as contrarrazões do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

*É o Relatório.*

### **VOTO**

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo a apelação interposta pela autora.  
Do mérito

Pela presente demanda, busca a autora, nascida em 15.10.1962, o reconhecimento da atividade rural desenvolvida no período de 15.10.1976 a 31.12.1994, em regime de economia familiar, bem como a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo formulado em 23.08.2017.

Alega a autora que trabalhou na propriedade rural de seu genitor, a Fazenda Galheiros, no município de Espinosa/MG, em regime de economia familiar, desde os 14 anos de idade, tendo permanecido trabalhando no local após o casamento, até o final do ano de 1994.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, in verbis:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, para comprovar a atividade rural, a autora apresentou: (i) Certidão de Registro de Imóvel Rural em nome do genitor (1976); (ii) Notificações de Lançamento do ITR (1994/1996) em nome do genitor; (iii) Certidão de Casamento contraído em 19.07.1980, em que seu cônjuge fora qualificado como *lavrador* e (iv) Carteira do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Espinosa/MG, em nome do cônjuge, com data de admissão em 1984.

Ocorre que, consoante se depreende dos documentos apresentados, a propriedade rural da família da demandante contava com 367 hectares, possuindo mais de 04 (quatro) módulos rurais, o que descaracteriza o exercício de atividade rural em regime de economia familiar. Note-se que no município de Espinosa/MG, o módulo fiscal possui 65 hectares. Observa-se, ainda, que o genitor da demandante estava enquadrado como empregador rural.

De outra parte, os dados do CNIS revelam que o cônjuge da demandante exerceu atividade exclusivamente urbana, a partir do ano de 1985, aposentando-se por invalidez, em 27.10.2010, com renda mensal inicial superior ao salário mínimo.

Na verdade, o legislador teve por escopo dar proteção àqueles que, não qualificados como empregados, desenvolvem atividades primárias, sem nenhuma base organizacional e sem escala de produção, em que buscam, tão-somente, obter aquele mínimo de bens materiais necessários à sobrevivência. Não é, portanto, o

caso dos autos, devendo a autora ser qualificada como contribuinte individual, a teor do art. 11, V, a, da Lei nº 8.213/91.

Nesse sentido, é o entendimento esposado pelo E. STJ, conforme se infere do teor do seguinte julgado:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. RURÍCOLA. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ESPOSA DE EMPREGADOR RURAL. DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. APELAÇÃO IMPROVIDA. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 11, INC. VIII E PAR. 1., E 106, DA LEI 8.213/1991 E 322 E 400 (PRIMEIRA PARTE), DO CPC - APLICAÇÃO DA SUM. 149/STJ

1. Comprovado o fato de que a autora é esposa de empregador rural, proprietário de latifúndio por exploração, fica descaracterizado o regime de economia familiar." (6ª Turma; REsp 135521/SC 1997/0039930-3; Rel. Min. Anselmo Santiago; v.u.; j. em 17.02.1998, DJ23.03.1998, p. 187).

Destarte, não se amoldando a situação fática ao conceito de regime de economia familiar, fica ilidida a condição de segurada especial da autora no período alegado.

Sendo assim, computando-se apenas os períodos constantes da CTPS, em cotejo com os dados do CNIS, totaliza a autora *14 anos, 10 meses e 27 dias de tempo de serviço até 23.08.2017*, data do requerimento administrativo, de modo que não faz jus à aposentadoria por tempo de contribuição, nem mesmo em sua modalidade proporcional.

Observo que, mesmo se considerados os períodos contributivos posteriores ao requerimento administrativo, a autora ainda não perfaz tempo de contribuição suficiente à aposentação.

De igual modo, a autora ainda não implementou a idade mínima para a concessão de aposentadoria por idade, nos termos do artigo 18 da EC 103/2019 (61 anos e 06 meses).

Diante do exposto, *nego provimento à apelação da autora.*

*É como voto.*



## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

### **5011623-24.2018.4.03.0000**

Agravante: GERINALDO SOARES SANTOS  
 Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA  
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2022

### **EMENTA**

PROCESSO CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPLANTAÇÃO ADMINISTRATIVA DE BENEFÍCIO NO CURSO DA AÇÃO JUDICIAL. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. EXECUÇÃO DE ATRASADOS. VIABILIDADE. ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO REPETITIVO.

1. Em recente julgamento em regime de repetitividade, o Superior Tribunal de Justiça assentou a viabilidade da execução do benefício judicial até a data da implantação do benefício administrativo mais vantajoso (Tema nº. 1.018).
2. Exercício do juízo de retratação. Agravo de instrumento provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu exercer juízo de retratação para dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu o processamento do cumprimento de sentença, no que diz respeito às parcelas do benefício judicial devidas até a opção, pelo segurado, pelo benefício administrativo mais vantajoso.

Na sessão de julgamento de 27/05/2019, a 7ª Turma negou provimento ao agravo de instrumento. Segue a ementa (ID 66139846):

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO MAIS VANTAJOSO CONCEDIDO POSTERIORMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA. RENÚNCIA AO CRÉDITO JUDICIAL. INEXIGIBILIDADE.

1. É assegurado à parte o direito de optar pelo benefício que entender mais vantajoso (art. 124, Lei nº 8.213/91); contudo, a opção pela manutenção do benefício concedido na esfera administrativa afasta o direito à execução dos valores atrasados oriundos do benefício concedido na via judicial.

2. Conciliar ambas as possibilidades, com parte do benefício antigo, e parte do novo, não é possível. Aceitá-las significaria admitir que o tempo em que correu a ação contaria, concomitantemente, como tempo de contribuição e como tempo de recebimento de benefício, o que é considerado como desaposentação, e foi vedado pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo de instrumento não provido.

O segurado interpôs recurso especial (ID 73218275).

A Vice-Presidência determinou a devolução dos autos para eventual juízo de retratação considerando o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.018 (ID 262116740).

É o relatório.

### **VOTO**

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

O Juízo de retratação é realizado nos estritos termos da devolução.

O Superior Tribunal de Justiça assentou a viabilidade da execução do benefício judicial até a data da implantação do benefício administrativo mais vantajoso (Tema nº. 1.018), *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA. TEMA 1.018/STJ. RESP 1.767.789/PR E RESP 1.803.154/RS. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA CONCEDIDA JUDICIALMENTE. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE APOSENTADORIA NO CURSO DA AÇÃO. DIREITO DE OPÇÃO. BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DAS PARCELAS DO BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. O tema ora em discussão (1.018/STJ) consiste em estabelecer a “possibilidade de, em fase de cumprimento de sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS enquanto pendente a mesma ação judicial, com implantação administrativa definitiva dessa última por ser mais vantajosa, sob o enfoque do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991”.

PANORAMA JURISPRUDENCIAL

2. A matéria não é pacífica no STJ: a Primeira Turma entende ser possível o recebimento das duas aposentadorias, enquanto a Segunda Turma, majoritariamente, considera inviável a percepção de ambas, mas atribui ao segurado a opção de escolher uma delas.

3. Considerando a definição do tema no STJ com o presente julgamento, propõe-se reflexão aprofundada sobre essa questão, à luz dos precedentes da Corte Superior e sua frequente reiteração da demanda no Poder Judiciário.

4. A estabilidade, integralidade e coerência da jurisprudência das Cortes Superiores, para além de vetor de orientação para os tribunais e magistrados, propicia a indispensável segurança jurídica a todos os jurisdicionados. Uma jurisprudência previsível é fator de estabilidade social, devendo ser escopo a ser perseguido por todo o sistema jurisdicional.

**POSICIONAMENTO DO STJ**

5. O segurado que tenha acionado o Poder Judiciário em busca do reconhecimento do seu direito à concessão de benefício previdenciário faz jus a executar os valores decorrentes da respectiva condenação, ainda que, no curso da ação, o INSS tenha lhe concedido benefício mais vantajoso.

6. Com efeito, remanesce o interesse em receber as parcelas relativas ao período compreendido entre o termo inicial fixado em juízo e a data em que o INSS procedeu à efetiva implantação do benefício deferido administrativamente, o que não configura hipótese de desaposentação.

**DEFINIÇÃO DA TESE REPETITIVA**

7. Proponho a fixação da seguinte tese repetitiva para o Tema 1.018/STJ: *"O Segurado tem direito de opção pelo benefício mais vantajoso concedido administrativamente, no curso de ação judicial em que se reconheceu benefício menos vantajoso. Em cumprimento de sentença, o segurado possui o direito à manutenção do benefício previdenciário concedido administrativamente no curso da ação judicial e, concomitantemente, à execução das parcelas do benefício reconhecido na via judicial, limitadas à data de implantação daquele conferido na via administrativa"*.

**CONCLUSÃO**

8. Recurso Especial não provido, sob o rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

(STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.767.789/PR, j. 8/6/2022, DJe de 1/7/2022, rel. Min. HERMAN BENJAMIN).

Por tais fundamentos, em juízo de retratação, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5869639-74.2019.4.03.9999**

Apelante: GILBERTO APARECIDO BARBOSA  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 09/11/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO MATERNIDADE. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AO GENITOR. POSSIBILIDADE. ANALOGIA.

1. O salário-maternidade, inicialmente previsto para a segurada empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica, se estendeu a todas as seguradas da Previdência Social, sendo devido durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação concernente à proteção à maternidade, nos termos do art. 71 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 10.710/2003.

2. As seguradas contribuintes individuais (autônomas, eventuais, empresárias etc.) devem comprovar o recolhimento de pelo menos 10 (dez) contribuições para a concessão do benefício e que, para as seguradas empregadas, trabalhadora avulsa e empregada doméstica tal benefício independe de carência (art. 26, VI, da referida lei).

3. No presente caso, o autor comprovou ter a guarda do seu filho, nascido em 17.10.2016, através de sentença judicial proferida na Vara da Família em 08.02.2017, bem como farta documentação onde se observa o abandono do menor, pela genitora. Observa-se, ainda, que o autor efetuou recolhimentos à previdência no período de 01/03/2015 a 31/12/2016, conforme CNIS trazido aos autos.

4. Não obstante o benefício tenha sido requerido pelo pai da criança, deve ser preservado o interesse do menor, comprovadamente abandonado pela genitora, aplicando-se as exigências por analogia, ante o princípio constitucional da isonomia. Precedentes desta E. Corte Regional.

5. O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do trânsito em julgado da sentença de guarda do menor.

6. Consectários legais e honorários advocatícios conforme explicitados.

7. Apelação do autor provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

*O SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO (RELATOR):* Trata-se de apelação interposta pelo autor GILBERTO APARECIDO BARBOSA em face da r. sentença proferida nos autos da ação ordinária ajuizada contra o INSS visando à concessão do benefício de salário maternidade, em razão da guarda do menor – seu filho, conforme processo 0013265-82.2016.8.26.0269 da Vara da Família e Sucessões, devido ao abandono da genitora.

A r. sentença julgou improcedente o pedido condenando a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, devendo ser observado o disposto no artigo 98, §2º e §3º do CPC.

Apela o autor pleiteando a reforma da r. sentença sustentando, em síntese, fazer jus à concessão do benefício pleiteado em razão do nascimento do seu filho, que se encontra sob sua guarda conforme sentença judicial trazida aos autos, proferida logo após o nascimento do menor, qual foi abandonado pela mãe, devidamente comprovado nos autos. Aduz ter qualidade de segurado bem como a carência exigida.

Devidamente intimado, o apelado deixou de apresentar contrarrazões e os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

## VOTO

*O SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO (RELATOR):* Com efeito, o salário-maternidade, inicialmente previsto para a segurada empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica, se estendeu a todas as seguradas da Previdência Social, sendo devido durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação concernente à proteção à maternidade, nos termos do art. 71 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 10.710/2003, *in verbis*:

"Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

Cumprе salientar que as seguradas contribuintes individuais (autônomas, eventuais, empresárias etc.) devem comprovar o recolhimento de pelo menos 10 (dez) contribuições para a concessão do benefício e que, para as seguradas empregadas, trabalhadora avulsa e empregada doméstica tal benefício independe de carência (art. 26, VI, da referida lei). *In verbis*:

"Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

(...)

*III* - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

*Parágrafo único.* Em caso de parto antecipado, o período de carência a que se refere o inciso III será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

*Art. 39.* Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

(...)

*Parágrafo único.* Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. (Incluído pela Lei nº 8.861, de 1994)."

Frise-se que a legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurada até doze meses após a cessação das contribuições, para a segurada que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. Durante esse período, denominado como "período de graça", a segurada desempregada conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, conforme preconiza o art. 15, II, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, salienta-se que tal prazo pode ser estendido para 24 (vinte e quatro) meses, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, sendo desnecessário o registro perante o Ministério do Trabalho, devendo, ser comprovado, no entanto, a situação de desemprego involuntário (v.g. AC 5288677-24.2019.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal TANIA REGINA MARANGONI, 8ª Turma, j. 06/06/2019, DJE 12/06/2019).

Nesse sentido, cito precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA DESEMPREGADA. CABIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO PELO INSS.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. O salário-maternidade tem natureza previdenciária, consoante expressamente previsto no art. 18, "g", da Lei n. 8.213/91.

3. Por seu turno, o art. 71 da Lei de Benefícios estabelece como requisito para fruição do salário-maternidade estar a beneficiária em gozo da qualidade de "segurada".

4. A condição de desempregada é fato que não impede o gozo do benefício, bastando a tanto que a beneficiária ainda se encontre na qualidade de segurada, e a legislação previdenciária garante tal condição àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses, independentemente de contribuição.

5. Durante esse período, chamado de graça, o segurado desempregado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, a teor do art. 15, II, e § 3º, Lei n. 8.213/91.



6. O salário-maternidade deve ser arcado pelo INSS, uma vez que o caráter contributivo obrigatório estabelece vínculo apenas entre o segurado e a Previdência Social, única legitimada a responder pelos diversos benefícios legalmente instituídos.

7. O empregador, quando promove o pagamento do benefício, apenas atua como facilitador da obrigação devida pelo INSS, a quem incumbe suportar o encargo previdenciário.

8. "A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos" (REsp 1.309.251/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

Recurso especial conhecido em parte e improvido."

(REsp 1511048/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015)

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. ART. 15, INC. II, DA LEI Nº 8.213/91. BENEFICIÁRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONDIÇÃO DE SEGURADO PRESERVADA, INDEPENDENTEMENTE DE CONTRIBUIÇÕES, POR 12 (DOZE) MESES. BENEFÍCIO REQUERIDO NO CURSO DO PERÍODO "DE GRAÇA". EXISTÊNCIA DE DIREITO AO SALÁRIO-MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. (...)

2. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições, àquele que deixar de exercer atividade remunerada pelo período mínimo de doze meses.

3. Durante o período denominado "de graça", durante o qual não há recolhimento de contribuições, o segurado sem vínculo empregatício conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, na forma estabelecida no art. 15, II, e § 3º, Lei nº 8.213/91.

4. Na espécie, a recorrida possui direito ao salário-maternidade, porque está comprovado nos autos que, quando requereu o benefício perante a autarquia, embora não estivesse na constância de vínculo empregatício, mantinha a qualidade de segurada.

5. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp 986787/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, d. 23.11.2012, DJe 04.12.2012)

No mesmo sentido, julgados desta E. Corte, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. 475, § 2º, do CPC/1973. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA DESEMPREGADA. SENTENÇA TRABALHISTA. PERÍODO DE GRAÇA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. PAGAMENTO PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA DE FORMA DIRETA. CABIMENTO. VERBA HONORÁRIA.

- Considerando as datas do termo inicial do benefício concedido e da prolação da sentença, bem como o valor da benesse, verifica-se que a hipótese em exame não excede os 60 salários mínimos, sendo incabível a remessa oficial, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC/1973.

- O benefício vindicado encontra-se previsto no artigo 7º, inciso XVIII, integrante do Capítulo II do Título I da Constituição Federal, pertinente aos Direitos Sociais.

Ademais, o artigo 201, inciso II, também da Carta Magna, incumbido de gizar as linhas gerais da previdência social, prevê a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

- A benesse é devida à segurada empregada na constância do vínculo laboral ou durante o chamado período de graça (art. 97 e parágrafo único do Decreto n. 3.048).
- Comprovada a maternidade da parte autora pela certidão de nascimento de sua filha.

- Quanto à demonstração de sua qualidade de segurada, foram carreadas aos autos cópias da ação trabalhista movida pela autora em face de seu ex empregador. Extraí-se da ata de audiência de fls. 15/16 a homologação de acordo firmado entre as partes, o qual levou ao reconhecimento do vínculo empregatício entre a autora e Luiza de Fátima Messias ME, no período de 27/07/2011 a 06/02/2012.

- De ordinário, tem-se a admissibilidade de tais pronunciamentos jurisdicionais como vestígios materiais do labor alegado pelo autor da ação previdenciária, a serem suplementados por demais elementos probatórios do exercício do mister, inclusive depoimentos testemunhais, cuja produção se dará na lide ajuizada em face do INSS. Precedentes do STJ.

- *In casu*, a sentença trabalhista prolatada no bojo da ação promovida pela ora apelada consiste em decisão homologatória de acordo entre as partes, configurando, assim, início de prova material acerca do vínculo.

- Produção de prova testemunhal.

- Assim, de se reconhecer o exercício de labor urbano no período em tela e, consequentemente, a manutenção da qualidade de segurada da autora à época do parto, uma vez que inserida no chamado "período de graça", nos termos do disposto pelo art. 15, II, da Lei nº 8.213/91.

- No caso da segurada desempregada, desde que mantida a qualidade de segurada, a responsabilidade direta pelo pagamento do salário-maternidade é do INSS. Inteligência do art. 97 da Lei nº 8.213/91.

- A rescisão do contrato de trabalho da segurada não a desvincula da Previdência Social, tendo em vista a previsão legal do art. 15 da lei nº 8.213/91, segundo a qual 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. E ressalva o parágrafo § 3º do mesmo artigo que, durante os mencionados prazos, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

- Há de ser observada a proteção constitucional da maternidade como direito social (art. 6º, CF), além da função social atribuída ao salário-maternidade (art. 201, II, CF). Como corolário, não é dado penalizar a segurada, com a repentina cessação do pagamento do salário-maternidade, em razão de dispensa do trabalho, ainda mais, no caso concreto, em que se deu injustificadamente, em violação à estabilidade provisória garantida à gestante.

- Precedentes do STJ.

(...)

- Apelo do INSS parcialmente provido, apenas para fixar a verba honorária, nos termos da fundamentação."

(ApCiv 0006785-41.2014.4.03.9999, Relatora Juíza Federal convocada VANESSA MELLO, Nona Turma, j. 18/09/2019, e-DJF3 Judicial 01/10/2019)

"PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. QUALIDADE DE SEGURADA. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. POSSIBILIDADE. SEGURADA DESEMPREGADA.

ART. 15, II E §2º, DA LEI 8.213/91. REQUISITO PREENCHIDO. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. Tratando-se de salário-maternidade, necessário o implemento dos requisitos legais exigidos, quais sejam: qualidade de segurada, maternidade e, quando for o caso, o cumprimento da carência de dez contribuições mensais (contribuinte individual e segurada facultativa) ou o exercício de atividade rural nos dez meses anteriores à data do parto ou do requerimento, ainda que de forma descontínua (segurada especial).

2. Tendo em vista a comprovação da situação de desemprego, possível a prorrogação do período de graça, nos termos do art. 15, II e §2º, da Lei 8.213/91.

3. Prorrogado o prazo por mais 12 meses, totalizando assim 24, ao todo, verifica-se que a autora mantinha a qualidade de segurada à época do nascimento do seu filho.

4. Preenchidos os demais requisitos necessários à concessão do benefício, faz jus a autora ao recebimento do salário-maternidade.

(...)

6. Apelação do INSS desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais."

(Ap 0033874-68.2016.4.03.9999, Relator Desembargador Federal NELSON PORFIRIO, Décima Turma, j. 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 14/12/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. SALÁRIO MATERNIDADE. PERÍODO DE GRAÇA. REQUISITOS LEGAIS AUSENTES. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. 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.

- O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação concernente à proteção à maternidade, nos termos do art. 71 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 10.710/2003.

- O art. 71, da Lei nº 8.213/91 contempla todas a seguradas da previdência com o benefício, não havendo qualquer restrição imposta à segurada desempregada.

- A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurada até doze meses após a cessação das contribuições, para a segurada que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. Durante esse período, denominado como "período de graça", a segurada desempregada conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social, conforme preconiza o art. 15, II, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

- Mencionado prazo pode ser estendido para 24 (vinte e quatro) meses, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, sendo desnecessário o registro perante o Ministério do Trabalho, bastando a ausência de contrato de trabalho para a comprovação de desemprego. Precedentes.

- *In casu*, ausente a comprovação de qualidade de segurada, pois a autora não trouxe aos autos cópia de sua CTPS com contratos de trabalho assinados, bem como a conciliação realizada na Justiça do Trabalho não informou o período da relação de emprego.

- Verifica-se, do extrato do CNIS em nome da autora a inexistência de vínculo laboral quando do nascimento de seu filho (25.06.2004), uma vez que a parte autora filiou-se no sistema apenas em 21.01.2010.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.”

(Ap 0013293-42.2010.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal DIVA MALERBI, Sétima Turma, j. 25/11/2013, e-DJF3 Judicial 29/11/2013)

*In casu*, conforme se depreende dos autos, o autor comprovou ter a guarda do seu filho, nascido em 17.10.2016, através de sentença judicial proferida na Vara da Família em 08.02.2017 (ID 80244024), bem como farta documentação onde se observa o abandono do menor, pela genitora (ID 80244073).

Observa-se, ainda, que o autor efetuou recolhimentos à previdência no período de 01/03/2015 a 31/12/2016, conforme CNIS trazido aos autos (ID 80244043).

Não obstante o benefício tenha sido requerido pelo pai da criança, deve ser preservado o interesse do menor, comprovadamente abandonado pela genitora, aplicando-se as exigências por analogia, ante o princípio constitucional da isonomia.

Nesse sentido:

“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.”

(ApCiv 0016719-18.2017.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, Décima Turma, j. 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 13/01/2020)

“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.”

(Ap 0001684-04.2011.4.03.6127/SP, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, Décima Turma, j. 21/05/2013, e-DJF3 Judicial 29/05/2013)

Dessa forma, visto que o autor comprovou, por analogia, os requisitos autorizadores do benefício pleiteado, deve ser reformada a r. sentença.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do trânsito em julgado da sentença de guarda do menor.

#### *Custas e despesas processuais*

O INSS, autarquia federal, está isento do pagamento de custas na Justiça Federal (art. 4º, I, da Lei 9.289/1996).

Outrossim, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei 9.289/1996 c/c art. 6º da Lei paulista 11.608/2003, o INSS está isento de tais despesas nas lides relativas à competência delegada, promovidas na Justiça Estadual de São Paulo.

Acerca dos feitos ajuizados no Estado de Mato Grosso do Sul, a isenção prevista nas Leis Estaduais sul-mato-grossenses nºs 1.135/91 e 1.936/98 foi revogada pela Lei Estadual 3.779/09 (art. 24, §§ 1º e 2º), razão pela qual cabe à Autarquia Previdenciária o ônus do pagamento das custas processuais naquela unidade federativa.

As despesas processuais e as custas, a cargo da parte vencida, são devidas somente ao final do processo, na forma do artigo 91 do CPC/2015.

#### *Consectários legais*

Aos débitos previdenciários incide a súmula 148/STJ: “*Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei nº 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal*”. (Terceira Seção, j. 07/12/1995)

Nessa linha, aplica-se a súmula 8 deste E. Tribunal: “*Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento*”.

#### *a) Juros de mora*

Os juros de mora devem observar o art. 240 do CPC/2015, correspondente ao artigo 219 do CPC de 1973, de modo que são devidos a partir da citação, à ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02; após, à razão de 1% ao mês, por força do art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança, conforme determinado no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905/STJ) e na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810/STF).

*b) Correção monetária*

A correção monetária incide na forma da Lei 6.899/1981 e da legislação superveniente, conforme disposto no Manual de Cálculos da Justiça Federal, em termos com os precedentes do C. STF no julgamento do RE n. 870.947 (Tema 810), bem como do C. STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.492.221 (Tema 905).

Por fim, registre-se que a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 113, ocorrida em 08/12/2021, há incidência do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), como único índice remuneratório até o efetivo pagamento, nos termos do disposto pelo seu artigo 3º, que estabelece que: "Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente".

*c) Honorários advocatícios*

Diante da sucumbência, condena-se o INSS ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em patamar mínimo sobre o valor da condenação, observadas as normas do artigo 85, §§ 3º e 5º, do CPC/2015.

Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Por fim, considerando que a questão acerca da incidência, ou não, da Súmula 111/STJ, ou mesmo quanto à necessidade de seu cancelamento, após a vigência do CPC/2015 (art. 85) foi submetida ao julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema n.º 1.105 do Superior Tribunal de Justiça), postergo a fixação da base de cálculo para a ocasião do cumprimento de sentença.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação do autor para conceder-lhe o benefício de salário maternidade.

É como voto.



## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5891662-14.2019.4.03.9999**

Apelante: JOSE JORGE VICENTE  
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA  
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 08/11/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

- A falta de oportunidade para a realização da prova pericial, requerida pela parte, implica cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, impondo a nulidade do feito, a partir da eiva verificada.
- A jurisprudência tem admitido a utilização de perícia por similaridade, realizada em empresa com características semelhantes àquela em que se deu a prestação do serviço, quando impossível sua realização no próprio ambiente de trabalho do segurado.
- Preliminar de cerceamento de defesa acolhida. Sentença anulada. Retorno dos autos à vara de origem para produção de prova pericial. Mérito do recurso de apelação prejudicado.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Desembargador Federal David Dantas e o voto do Juiz Federal Convocado Denilson Branco, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu acolher a preliminar de cerceamento de defesa, para anular a sentença proferida e determinar o retorno dos autos à vara de origem, para a produção da prova pericial, e julgar prejudicado o mérito do recurso da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Demanda proposta objetivando o reconhecimento, como especiais, dos períodos laborados em condições insalubres, para fins de conversão da aposentadoria por tempo de contribuição que percebe, em aposentadoria especial, ou a sua revisão.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado, diante da não comprovação da especialidade dos períodos questionados.

A parte autora apela alegando preliminar de cerceamento de defesa, diante da não realização da perícia técnica judicial requerida. No caso de não acolhimento

da preliminar, requer sejam reconhecidos os períodos especiais pleiteados, com a procedência do pedido.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

*É o relatório.*

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA -Relatora

### **VOTO**

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame das insurgências propriamente ditas, considerando-se a matéria objeto de devolução.

#### **APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO**

O art. 202 da Constituição Federal, na redação anterior ao advento da Emenda Constitucional n.º 20/98, assim prescrevia:

“Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

I – aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;

II – após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

III – após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério.

§ 1º É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.

§ 2º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

A partir de então, o art. 201 da Carta Magna passou a dispor:

Art. 201. *Omissis*

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar,

nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Frente à significativa alteração que a EC n.º 20/98 promoveu no ordenamento jurídico, foram definidas normas de transição entre o regramento constitucional anterior e o atual, no tocante aos requisitos necessários à obtenção da aposentadoria por tempo de serviço, nos seguintes termos:

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral da previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data da publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I – contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II – contar com tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II – *omissis*

§ 2º - *omissis*.

Contudo, acerca do estabelecimento de idade mínima para a obtenção de aposentadoria integral, que constava no projeto submetido ao Congresso Nacional, não houve aprovação daquela Casa.

Assim, a regra de transição para a aposentadoria integral restou ineficaz, na medida em que para concessão de tal benefício não se exige idade ou “pedágio”.

Foram contempladas, portanto, hipóteses distintas à concessão da benesse: segurados que cumpriram os requisitos necessários à concessão do benefício até a data da publicação da EC n.º 20/98 (16/12/1998); segurados que, embora filiados, não preencheram os requisitos até a mesma data; e, por fim, segurados filiados após a vigência daquelas novas disposições legais.

Duas situações se tornam relevantes para o segurado filiado ao Regime Geral anteriormente à publicação da Emenda Constitucional n.º 20/98:

- se não reunir as condições necessárias à aposentação até 15.12.1998, deverá comprovar, para fins de obtenção da aposentadoria por tempo de serviço, na modalidade proporcional, além do número mínimo de contribuições, o tempo de trabalho exigido, acrescido do pedágio legal, e contar com 53 anos de idade, se homem, ou 48 anos, se mulher;

- se cumprir os requisitos previstos no art. 201, § 7.º, inciso I, da CF, quais sejam, trinta e cinco anos de trabalho, se homem, ou trinta anos, se mulher, além da carência prevista no artigo 142, da Lei n.º 8.213/91, antes ou depois da EC n.º 20/98 e, independentemente da idade com que conte à época, fará jus à percepção da aposentadoria por tempo de contribuição, atual denominação da aposentadoria por tempo de serviço.

A Emenda Constitucional n.º 103, de 12/11/2019 alterou a redação do § 7.º do art. 201 da Constituição Federal e definiu novas regras para a aposentadoria voluntária do segurado vinculado ao Regime Geral da Previdência Social:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

.....

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

.....

§7º .....

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Estabeleceu, relativamente à aposentadoria por tempo de contribuição, em seus arts. 15 a 17 e 20, quatro regras de transição para os segurados que, na data de sua entrada em vigor – 13/11/2019 –, já se encontravam filiados ao RGPS, quais sejam:

Transição por sistema de pontos (tempo de contribuição e idade)

Art. 15. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, fica assegurado o direito à aposentadoria quando forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 1º e 2º.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso II

do caput será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem.

§ 2º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se referem o inciso II do caput e o § 1º.

§ 3º Para o professor que comprovar exclusivamente 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem, em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, será equivalente a 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano para o homem e para a mulher, até atingir o limite de 92 (noventa e dois) pontos, se mulher, e 100 (cem) pontos, se homem.

§ 4º O valor da aposentadoria concedida nos termos do disposto neste artigo será apurado na forma da lei.

Transição por tempo de contribuição e idade mínima

Art. 16. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - idade de 56 (cinquenta e seis) anos, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos, se homem.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade a que se refere o inciso II do caput será acrescida de 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem.

§ 2º Para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o tempo de contribuição e a idade de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão reduzidos em 5 (cinco) anos, sendo, a partir de 1º de janeiro de 2020, acrescidos 6 (seis) meses, a cada ano, às idades previstas no inciso II do caput, até atingirem 57 (cinquenta e sete) anos, se mulher, e 60 (sessenta) anos, se homem.

§ 3º O valor da aposentadoria concedida nos termos do disposto neste artigo será apurado na forma da lei.

Transição sem idade mínima, com pedágio (50%) e fator previdenciário

Art. 17. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional e que na referida data contar com mais de 28 (vinte e oito) anos de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de contribuição, se homem, fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - cumprimento de período adicional correspondente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem.

Parágrafo único. O benefício concedido nos termos deste artigo terá seu valor apurado de acordo com a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações calculada na forma da lei, multiplicada pelo fator previden-

ciário, calculado na forma do disposto nos §§ 7º a 9º do art. 29 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Transição com idade mínima e pedágio (100%)

Art. 20. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

(...)

IV - período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II.

§ 1º Para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio serão reduzidos, para ambos os sexos, os requisitos de idade e de tempo de contribuição em 5 (cinco) anos.

§ 2º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderá:

(...)

II - em relação aos demais servidores públicos e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ao valor apurado na forma da lei.

§ 3º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não será inferior ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e será reajustado:

(...)

II - nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, na hipótese prevista no inciso II do § 2º.

§ 4º (...).

Frise-se, contudo, que, nos termos do art. 3.º da EC n.º 103/19 é assegurada a aposentadoria por tempo de contribuição, nos moldes estabelecidos pela EC n.º 20/98, ao segurado que, até a data da entrada em vigor do novo regramento, tiver vertido 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos de contribuição, se mulher.

Cabe mencionar, por fim, que, nos termos do inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.213/91, a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição depende do cumprimento de período de carência equivalente a 180 contribuições mensais. Para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24/07/1991, entretanto, deve-se observar o regramento contido no art. 142 do mesmo diploma legal, *levando-se em conta o ano em que (...) implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício.*

#### RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE ESPECIAL

O Decreto n.º 4.827/2003 alterou o disposto no art. 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, para estabelecer que *a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.*



Para a concessão da aposentadoria especial exigia-se, desde a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, o trabalho do segurado durante, ao menos, 15, 20 ou 25 anos, conforme a atividade profissional, em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos, a serem assim definidos por Decreto do Chefe do Poder Executivo.

A Lei n.º 8.213/91, em seus arts. 57 e 58, conservou o arquétipo legislativo originário, dispondo que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei própria.

O campo de aplicação dos agentes nocivos associava-se ao serviço prestado e, para a concessão da aposentadoria especial, era suficiente que o segurado comprovasse o exercício das funções listadas nos anexos trazidos pela lei. O rol de agentes nocivos era exaustivo, mas exemplificativas as atividades listadas sujeitas à exposição pelo segurado, constantes dos anexos dos Decretos n.º 53.831/64 e n.º 83.080/79. Perícia judicial era admitida para constatar que a atividade profissional do segurado, não inscrita nos anexos, classificava-se em perigosa, insalubre ou penosa (Súmula 198 do Tribunal Federal de Recursos).

A Lei n.º 9.032, de 28/4/1995, alterou o modelo até então vigente.

Na redação original, o art. 57 da Lei n.º 8.213/91 dispunha que a aposentadoria especial seria devida *ao segurado que tiver trabalhado (...), conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física*. A Lei n.º 9.032/95, ao conferir nova redação ao referido dispositivo legal, estatuiu que a *aposentadoria especial será devida (...) ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (...), conforme dispuser a lei*.

O simples enquadramento da atividade profissional, conforme o disposto nos anexos do decreto regulamentador - isto é, a concessão da aposentadoria especial com base na presunção de que determinada categoria estaria sujeita a certo e correspondente agente nocivo - não mais era bastante. O segurado deveria comprovar que estava, realmente, exposto a agentes insalubres, penosos ou perigosos. E tal comprovação foi organizada pelo INSS por meio de formulário próprio, o SB 40 - ou, posteriormente, o DSS 8030.

As alterações impostas pela Lei n.º 9.032/95 somente alcançaram eficácia plena com o advento da MP n.º 1.523/96, convertida na Lei n.º 9.528, de 10/12/1997, que sacramentou a necessidade de efetiva exposição a agentes nocivos, prova a ser feita por meio de formulário e laudo. E o Poder Executivo definiu a relação dos agentes nocivos por meio do Decreto n.º 2.172/1997.

Por essa razão, exigia que, a partir de 14/10/1996, data que entrou em vigor a MP n.º 1.523/96, a comprovação do exercício da atividade em condições especiais se desse por meio de laudo técnico.

Contudo considerando o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência (Petição n.º 9.194, Primeira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, DJe 3/6/2014), adiro à compreensão de que a exigência da apresentação do laudo técnico, para fins de caracterização da atividade especial, somente é necessária a partir de 6/3/1997, data da publicação do Decreto n.º 2.172/97.

O Decreto n.º 3.048/99, em seu art. 68, com a redação dada pelo Decreto n.º 4.032/2001, instituiu na legislação pátria o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, dispondo que a *comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.*

A exigibilidade da elaboração do Perfil Profissiográfico Previdenciário foi mantida pela legislação sucedânea (art. 148 da Instrução Normativa INSS/DC n.º 84, de 17/12/2002), sendo obrigatório, para fins de validade, que dele conste a identificação do profissional responsável pela elaboração do laudo técnico de condições ambientais em que se baseia - médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 45, de 6/8/2010, fazendo referência à Instrução Normativa INSS/DC n.º 99, de 5/12/2003, consta determinação, a partir de 1/1/2004, acerca da obrigatoriedade de elaboração do Perfil Profissiográfico Previdenciário, pela empresa, para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados que desempenhem o labor em condições insalubres, prescrevendo que referido documento deveria substituir o formulário até então exigido para a comprovação da efetiva exposição do segurado a agentes nocivos.

Em conclusão, a caracterização e a comprovação da atividade exercida sob condições especiais devem obedecer à legislação vigente à época da prestação do serviço. Assim, tem-se que:

- para funções desempenhadas até 28/4/1995, data que antecede a promulgação da Lei n.º 9.032/95, suficiente o simples exercício da profissão, demonstrável por meio da apresentação da CTPS, para fins de enquadramento da respectiva categoria profissional nos anexos dos regulamentos;

- de 29/4/1995 a 5/3/1997, véspera da publicação do Decreto n.º 2.172/97, necessária a apresentação de formulário para a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos;

- de 6/3/1997 a 31/12/2003, data estabelecida pelo INSS, indispensável que o formulário (SB-40, DSS-8030 ou DIRBEN-8030) venha acompanhado do laudo técnico em que se ampara – ressalvado, a qualquer tempo, *supra*, que, em relação aos agentes nocivos ruído e calor, sempre se exigiu a apresentação de laudo técnico para demonstração do desempenho do trabalho em condições adversas (STJ, AgRg no AREsp 859232, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 26/4/2016);

- a partir de 1/1/2004, o único documento exigido para fins de comprovação da exposição do segurado a agentes nocivos, inclusive o ruído, será o PPP, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial, conforme se depreende da conjugação dos arts. 256, inciso IV, e 272, § 1.º, da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 45/2010.

No plano infralegal, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, devem ser observadas as disposições contidas na normatização contemporânea ao exercício laboral:

- até 5/3/1997, os Decretos n.º 53.831/64 e n.º 83.080/79, ressaltando-se que, *havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador* (STJ, REsp 412.351, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 17/11/2003);
- de 6/3/1997 a 6/5/1999, o Decreto n.º 2.172/97;
- a partir de 7/5/1999, o Decreto n.º 3.048/99.

Imperioso ressaltar que, no tocante à atividade exercida com exposição a agentes agressivos até 31/12/2003 – anteriormente, portanto, à obrigatoriedade da emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário –, relativamente à qual tenha sido emitido o PPP, possível dispensar-se a apresentação dos documentos outrora exigidos (CTPS, formulário e laudo técnico), conforme prescrito no § 2.º do art. 272 da Instrução Normativa INSS/PRES n.º 45/2010, sendo o PPP bastante à comprovação do labor insalubre (STJ, AREsp 845.765, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 26/6/2019).

Nesse particular, registre-se o entendimento firmado no sentido de que o *laudo pericial não contemporâneo ao período trabalhado é apto à comprovação da atividade especial do segurado* (Súmula 68 da TNU), restando preservada sua força probante *desde que não haja alterações significativas no cenário laboral* (TRF3, AR 5003081-85.2016.4.03.0000, 3.ª Seção, Relator Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, intimação via sistema 20/4/2018).

Acrescente-se ser razoável supor-se que os avanços tecnológicos havidos ao longo do tempo proporcionaram melhoria nas condições ambientais de labor, sendo de se inferir que, em períodos mais recentes, os trabalhadores encontram-se submetidos a situação menos agressiva se comparada àquela pretérita, a que estavam sujeitos à época da prestação do serviço (TRF3, ApCiv 6074084-54.2019.4.03.9999, 8.ª Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, e-DJF3 Judicial 1 23/4/2020).

Especificamente em relação ao agente físico ruído, a compreensão jurisprudencial é na linha de *que o perfil profissiográfico previdenciário espelha as informações contidas no laudo técnico, razão pela qual pode ser usado como prova da exposição ao agente nocivo* (STJ, REsp 1.573.551, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 19/5/2016).

#### USO DO EPI

Antes da vigência da Lei n.º 9.732/98, a utilização do Equipamento de Proteção Individual – EPI não descaracterizava o enquadramento da atividade sujeita a agentes agressivos à saúde ou à integridade física. Tampouco era obrigatória, para fins de aposentadoria especial, a menção expressa à sua utilização no laudo técnico pericial.

Contudo a partir da data da publicação do diploma legal em questão tornou-se indispensável a elaboração de laudo técnico de que conste *informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo*.

Assim, de 14/12/1998 em diante o *direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que,*

*se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. Havendo dúvida ou divergência acerca da real eficácia do EPI, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial, conforme restou assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na decisão proferida no ARE 664.335/SC, com repercussão geral (Relator Ministro Luiz Fux, DJe 12/2/2015).*

Por ocasião desse mesmo julgamento, foi firmada, ainda, outra tese, no sentido de que, *na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, porquanto, ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.*

O Decreto n.º 8.123, de 16/10/2013, exige que, do laudo técnico de condições ambientais do trabalho em que embasado o PPP, constem *informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual, e de sua eficácia*, estabelecendo, ainda, que o documento *deverá ser elaborado com observância das normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e dos procedimentos estabelecidos pelo INSS.*

A jurisprudência tem se posicionado relativamente à força probante a ser conferida a determinadas anotações constantes do PPP, que, embora lançadas em conformidade com os procedimentos regulamentares, mostram-se demasiadamente simplificadas, sendo inidôneas a afastar a nocividade do labor a que se referem.

Do mesmo modo, vem se firmando entendimento no sentido de que a ausência de determinadas informações, em razão da inexistência de campo específico para seu preenchimento, não impede a caracterização, como especial, do trabalho exercido.

Privilegia-se, nas duas situações, a proteção ao trabalhador, entendendo-se que este que não pode ser prejudicado em razão de informações unilaterais lançadas no PPP pelo empregador, tampouco em virtude da ausência de fiscalização, por parte do INSS, quanto à efetividade dos registros integrantes do documento.

A 3.ª Seção desta Corte, manifestando-se acerca dos requisitos de habitualidade e permanência da submissão a agentes nocivos, exigidos para fins de reconhecimento da natureza especial da atividade, definiu que se considera *exposição permanente aquela que é indissociável da prestação do serviço ou produção do bem, esclarecendo mostrar-se despidendo que a exposição ocorra durante toda a jornada de trabalho, mas sendo necessário que esta ocorra todas as vezes em que este é realizado.*

Na sequência, firmou entendimento no sentido de que a *ausência da informação da habitualidade e permanência no PPP não impede o reconhecimento da*

*especialidade, porquanto o PPP é formulário padronizado pelo próprio INSS, conforme disposto no § 1º do artigo 58 da Lei 8.213/91, sendo de competência da autarquia a adoção de medidas para reduzir as imprecisões no preenchimento do PPP pelo empregador. Ainda, que, como os PPPs não apresentam campo específico para indicação de configuração de habitualidade e permanência da exposição ao agente, o ônus de provar a ausência desses requisitos é do INSS (AR 5009211-23.2018.4.03.0000, 3.ª Seção, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, e-DJF3 1 7/5/2020).*

Assim, não se pode admitir que a lacuna contida no PPP resulte em prejuízo ao trabalhador, circunstância que se verificaria caso a mera ausência de menção à habitualidade e permanência da exposição ao agente nocivo impossibilitasse o reconhecimento do labor como especial.

As anotações relativas à eficácia do EPI, constantes do PPP, merecem, igualmente, algumas considerações.

Imperioso ressaltar que a tese firmada pelo STF por ocasião do julgamento do ARE n.º 664.335, em regime de repercussão geral, de que, se o EPI *for realmente capaz de neutralizar a nocividade*, restará descaracterizado o enquadramento da atividade como especial, não se resume a mero preenchimento formal de campo específico constante do PPP.

Nesse sentido, o pronunciamento consignado quando do julgamento da Apelação Cível 5000659-37.2017.4.03.6133 pela 9.ª Turma desta Corte, sob relatoria da Desembargadora Federal Daldice Santana, intimação via sistema datada de 28/2/2020, *in verbis*:

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.

Entretanto, o 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.* (grifei)

Forçoso concluir que a mera utilização de EPI ou, do mesmo modo, a simples afirmação, no PPP, por parte do empregador, acerca da eficácia do equipamento são inidôneas a descaracterizar o labor insalubre, porquanto não refletem, por si



só, a comprovação de que o emprego do equipamento deu-se de forma constante e fiscalizada, tampouco que frequentemente neutralizou o agente nocivo.

Ademais, como afirmado no acórdão proferido por ocasião do julgamento da Apelação registrada sob n.º 0009611-62.2012.4.03.6102, no âmbito desta 8.ª Turma, relatada pelo Desembargador Federal Newton De Lucca (e-DJF3 Judicial 1 30/3/2020), *a informação registrada pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a eficácia do EPI não tem o condão de descaracterizar a sujeição do segurado aos agentes nocivos. Isto porque, conforme tratado na decisão proferida pelo C. STF na Repercussão Geral acima mencionada, a legislação previdenciária criou, com relação à aposentadoria especial, uma sistemática na qual é colocado a cargo do empregador o dever de elaborar laudo técnico voltado a determinar os fatores de risco existentes no ambiente de trabalho, ficando o Ministério da Previdência Social responsável por fiscalizar a regularidade do referido laudo. Ao mesmo tempo, autoriza-se que o empregador obtenha benefício tributário caso apresente simples declaração no sentido de que existiu o fornecimento de EPI eficaz ao empregado.*

Desse modo, a deficiência nas informações constantes do PPP, nesse particular, torna-as pouco fidedignas, não sendo razoável transferir ao segurado o ônus dela decorrente – qual seja, a impossibilidade de reconhecimento do labor desenvolvido em condições especiais – se incumbe a terceiros a elaboração do laudo e o dever de fiscalização das efetivas condições de trabalho.

Assim, nos moldes do julgado supra mencionado (ApReeNec 0009611-62.2012.4.03.6102), resta concluir que *caberá (...) ao INSS o ônus de provar que o trabalhador foi totalmente protegido contra a situação de risco, pois não se pode impor ao empregado – que labora em condições nocivas à sua saúde – a obrigação de suportar individualmente os riscos inerentes à atividade produtiva perigosa, cujos benefícios são compartilhados por toda a sociedade.*

#### DO CASO DOS AUTOS

O pedido é de reconhecimento do caráter especial dos períodos abaixo relacionados, para fins de conversão da aposentadoria por tempo de contribuição que percebe, em aposentadoria especial, ou a sua revisão:

- 2/5/1972 a 30/11/1975 – Construtora Motasa;
- 1.º/9/1983 a 23/12/1983 – Desterra Terraplanagem e Locação de Equipamentos Ltda.;
- 26/1/1984 a 13/7/1984 – Marchesan Implementos e Máquinas Agrícolas Tatu S/A;
- 8/3/1985 a 7/5/1985 – CTI Central Técnica de Instalação Ltda.;
- 23/6/1987 a 27/11/1987 – Destilaria Dalva Ltda.;
- 29/4/1995 a 11/9/1995 – Construtora Motasa;
- 15/9/1997 a 3/1/2000 – Engenharia e Comércio Bandeirantes Ltda.;
- 2/5/2000 a 11/10/2000 – Consfran Engenharia e Comércio Ltda.;
- 9/5/2001 a 6/3/2002 – Encalso Construções Ltda.;
- 5/7/2002 a 31/5/2003 – Encalso Construções Ltda.;
- 1.º/7/2003 a 24/11/2003 – Terracon Prestadora de Serviços Ltda.-ME;



- 1.º/3/2004 a 30/9/2007 – Transterra Chulin Comércio e Locações Ltda. – EPP.

O juízo *a quo*, indeferindo a produção de prova pericial, julgou improcedente o pedido, diante da não comprovação da especialidade dos períodos em questão.

A parte autora apela alegando preliminar de cerceamento de defesa, requerendo a anulação da sentença, tendo em vista o pedido para a realização de prova pericial.

Esclareça-se inicialmente que, em relação ao período de 8/3/1985 a 7/5/1985, para o enquadramento da atividade de motorista como especial até 28/4/1995, pela categoria profissional, não basta a simples menção de que o segurado conduzia o veículo, ou seja, exercia a função de motorista. Necessário demonstrar, por meio de CTPS, formulário, laudo técnico, PPP ou outros meios de prova, o exercício de ocupação atinente ao transporte rodoviário e urbano, como motorista de ônibus ou de caminhão de carga, em conformidade com os Decretos n.º 53.831/1964 e 83.080/1979, vigentes à época da prestação do serviço.

De outro lado, verifica-se que os documentos juntados são inconsistentes e não comprovam a exposição a agentes nocivos, sendo imprescindível a produção da prova pericial para a comprovação do efetivo exercício de atividade em condições agressivas.

O juiz é o destinatário da prova e se entender que o conjunto probatório é insuficiente, pode determinar a produção dos elementos necessários para formar o seu convencimento, nos termos do art. 370 do CPC.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REGRESSIVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA.

(...)

2. É firme a compreensão desta Corte no sentido de que, “sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme prevê o art. 130 do Código de Processo Civil” (AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 4/2/2011).

(...)

(AgRg no AREsp 512821/CE - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0106400-1 - Ministro OG FERNANDES – SEGUNDA TURMA – Julgado em 18.06.2014 – Publicado no DJe de 25.06.2014)

Ademais, a jurisprudência tem admitido a utilização de perícia por similaridade, realizada em empresa com características semelhantes àquela em que se deu a prestação do serviço, quando impossível sua realização no próprio ambiente de trabalho do segurado.

Assim é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

SÚMULA 284/STF. CÔMPUTO DE TEMPO ESPECIAL. PROVA TÉCNICA. PERÍCIA POR SIMILARIDADE. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE PROVIDO.

(...)

2. A tese central do recurso especial gira em torno do cabimento da produção de prova técnica por similaridade, nos termos do art. 429 do CPC e do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991.

3. A prova pericial é o meio adequado e necessário para atestar a sujeição do trabalhador a agentes nocivos à saúde para seu enquadramento legal em atividade especial. Diante do caráter social da previdência, o trabalhador segurado não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção da prova técnica.

4. Quanto ao tema, a Segunda Turma já teve a oportunidade de se manifestar, reconhecendo nos autos do Recurso Especial 1.397.415/RS, de Relatoria do Ministro Humberto Martins, a possibilidade de o trabalhador se utilizar de perícia produzida de modo indireto, em empresa similar àquela em que trabalhou, quando não houver meio de reconstituir as condições físicas do local onde efetivamente prestou seus serviços.

5. É exatamente na busca da verdade real/material que deve ser admitida a prova técnica por similaridade. A aferição indireta das circunstâncias de labor, quando impossível a realização de perícia no próprio ambiente de trabalho do segurado é medida que se impõe.

6. A perícia indireta ou por similaridade é um critério jurídico de aferição que se vale do argumento da primazia da realidade, em que o julgador faz uma opção entre os aspectos formais e fáticos da relação jurídica sub judice, para os fins da jurisdição.

7. O processo no Estado contemporâneo tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto.

8. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido.

(REsp nº 1.370.229-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, v.u., j. 25/02/14, DJe 11/03/14)

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. CONFIGURAÇÃO. PERÍCIA INDIRETA EM EMPRESA SIMILAR. LOCAL DE TRABALHO ORIGINÁRIO INEXISTENTE. POSSIBILIDADE.

1. “Mostra-se legítima a produção de perícia indireta, em empresa similar, ante a impossibilidade de obter os dados necessários à comprovação de atividade especial, visto que, diante do caráter eminentemente social atribuído à Previdência, onde sua finalidade primeira é amparar o segurado, o trabalhador não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção, no local de trabalho, de prova, mesmo que seja de perícia técnica”. (REsp 1.397.415/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20.11.2013).

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp nº 1.422.399-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 18/03/14, DJe 27/03/14)

Da mesma forma, tem se decidido no âmbito desta Corte (ApCiv - 0029745-54.2015.4.03.9999, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. LUIZ DE LIMA STEFANINI, julgado em 09/09/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/09/2019; AI - 5012457-90.2019.4.03.0000, Décima Turma, Rel. Des. Fed. SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 29/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/09/2019; ApCiv - 5772349-59.2019.4.03.9999, Sétima

Turma, Rel. Des. Fed. TORU YAMAMOTO, julgado em 20/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/05/2020; ApCiv - 5006310-12.2018.4.03.6102, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. TANIA REGINA MARANGONI, julgado em 25/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/03/2019; ApCiv - 0004884-60.2012.4.03.6102, Nona Turma, Rel. Des. Fed. GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 20/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020; e ApCiv - 0011401-20.2018.4.03.9999, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 01/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/06/2020).

Em específico, a posição prevalecente e atual na 8.<sup>a</sup> Turma:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.

I- O inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal dispõe que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

II - O princípio constitucional do devido processo legal impõe que se conceda aos litigantes o direito à produção de provas, devendo facultar-se amplos meios para que se possa comprovar os fatos que amparam o direito disputado em juízo. Segundo Eduardo Couture, “A lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira; Teoria Geral do Processo Constitucional in Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 62, p. 135, Jan/2008).

III- impositiva a anulação da r. sentença, para que seja produzida a prova pericial nas respectivas empregadoras ou em empresas similares, caso as primeiras não estejam mais em funcionamento, a fim de aferir o caráter especial das atividades desenvolvidas nos períodos de 01/11/1978 a 16/01/1979, 01/06/1979 a 13/03/1980, 02/06/1980 a 15/09/1981, 04/01/1982 a Jurisprudência/TRF3 - Acórdãos 04/04/1983, 01/07/1983 a 24/11/1983, 21/02/1984 a 18/10/1985, 06/11/1985 a 20/02/1987, 13/03/1987 a 25/03/1988, 01/08/1988 a 01/10/1988, 02/01/1989 a 12/06/1990, 01/04/1991 a 30/04/1991, 01/07/1991 a 20/07/1993, 19/08/1993 a 28/04/1995.

IV – Sentença anulada, de ofício. Recurso do INSS prejudicado.

(ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL / SP 0001682-71.2014.4.03.6113, Relator Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA, Data do Julgamento 22/07/2020, Data da Publicação/Fonte Intimação via sistema DATA: 24/07/2020)

A realização da perícia judicial é, portanto, indispensável ao julgamento do processo, a fim de se aferir a insalubridade ou não das atividades desenvolvidas nos períodos questionados.

Registre-se que a perícia deve ser realizada por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, nos termos do art. 58, § 1.º, da Lei n.º 8.213/91, com o objetivo de apurar a efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos no ambiente laborado.

Assim, a falta de oportunidade para a realização da prova pericial, requerida pela parte, implica no cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, impondo o reconhecimento da nulidade do feito, a partir da eiva verificada.

Posto isto, acolho a preliminar de cerceamento de defesa, para anular a sentença proferida, determinando o retorno dos autos à vara de origem, para a produção da prova pericial, nos termos da fundamentação, *supra*, restando prejudicado o mérito do recurso da parte autora.

*É o voto.*

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

### **VOTO**

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando, em síntese, o reconhecimento de período de labor em atividade especial e a consequente revisão ou conversão de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

A sentença julgou improcedente o pedido.

Apelação da parte autora arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa. No mérito requer, em suma, o reconhecimento dos períodos de labor especial e a revisão do benefício previdenciário.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E.Corte.

A Ilustre Relatora, Desembargadora Federal Therezinha Cazerta acolheu a preliminar arguida pela parte autora, para anular a sentença proferida, determinando o retorno dos autos à vara de origem, para a realização de perícia técnica, restando prejudicado o mérito do recurso.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria.

Examinando o feito conclui que a decisão da Eminentíssima Desembargadora Federal Relatora confere a melhor solução à questão, posto que, o fato da empresa não informar precisamente os agentes de risco a que o empregado fora submetido durante o lapso laborado, deve viabilizar a realização da prova técnica pericial, eis que nas hipóteses em que a parte autora não dispuser de documentos aptos a comprovar sua sujeição contínua a condições insalubres e a única forma de aferir tal circunstância se resumir a elaboração de perícia direta ou indireta, deverão ser admitidas as conclusões exaradas pelo perito judicial com base em vistoria técnica realizada em empresa paradigma, isso com o intuito de não penalizar o segurado pela não observação de dever do empregador.

Isto posto, acompanho a E. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta.

*É o voto.*

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5009597-60.2020.4.03.6183**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
 Apelada: ROSITA SUIKO MATSUDA  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO  
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 28/10/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. PENSÃO POR MORTE. ALTERAÇÃO DA RMI DE BENEFÍCIO ORIGINÁRIO. REFLEXOS. INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA.

1. Trata-se de ação previdenciária ajuizada por ROSITA SUIKO MATSUDA, em que se pleiteia a revisão da renda mensal inicial de pensão por morte, mediante o cômputo de salários de contribuição relativos à revisão do benefício originário reconhecidos por meio de sentença transitada em julgado. Requer-se o pagamento das diferenças vencidas do benefício desde o seu início em 01/09/2005, com afastamento da prescrição quinquenal em face da data em que transitou em julgado o título judicial que originou seu direito à revisão.

2. Considerando que a parte autora não interpôs recurso de apelação e que o INSS recorreu da r. sentença tão somente com relação à incidência de prescrição quinquenal, bem como não ser o caso de conhecimento de remessa oficial, observo que a matéria referente à revisão de pensão por morte, propriamente dita, não foi impugnada, restando, portanto, acobertada pela coisa julgada.

3. Na espécie, cumpre reconhecer o direito da parte autora à revisão da pensão por morte (DIB 01/09/2005), devendo ser observada, quanto ao pagamento das diferenças atrasadas, a prescrição quinquenal, contada a partir do requerimento administrativo revisional (26/02/2020), consoante disposto no artigo 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91.

4. Apelação do INSS provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em que se pleiteia a revisão da renda mensal

inicial de pensão por morte (NB 137.293.744-4 – DIB 01/09/2005), mediante o cômputo de salários de contribuição relativos à revisão do benefício originário (NB 42/048.114.178-2 – DIB 14/07/1992) reconhecidos por meio de sentença transitada em julgado. Requer o pagamento das diferenças vencidas do benefício desde o seu início em 01/09/2005, com afastamento da prescrição quinquenal em face da data em que transitou em julgado o título judicial que originou seu direito à revisão.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para reconhecer à parte autora direito à revisão da renda mensal inicial do benefício de pensão por morte NB 21/137.293.744-4, mediante reflexos do julgado na ação previdenciária nº 0015334-59.1998.403.6100, que reconheceu o direito à revisão da RMI do benefício instituidor - NB 42/048.114.178-2, de seu falecido marido, conforme pleiteado naquela ação, devendo o INSS proceder a apuração da nova RMI, a ser calculada pelo réu, bem como pagamento das diferenças decorrentes da revisão, efetuando o pagamento das parcelas vencidas em única parcela e vincendas, descontados os valores pagos no período, com atualização monetária e juros de mora nos termos das normas do CJF e legislações vigentes. Tendo em vista a sucumbência do INSS, condenou ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, delimitando as parcelas vincendas até a sentença, nos termos da Súmula 111, do STJ.

Em sede de apelação, o INSS alega que a cobrança de prestações pretéritas do benefício deve ser limitada àquelas não alcançadas pela prescrição quinquenal. Requer o provimento do recurso a fim de que seja reconhecida a prescrição quinquenal das prestações referentes a revisão do NB 21/137.293.744-4, mediante reflexos do julgado na ação previdenciária nº 0015334-59.1998.403.6100, que reconheceu o direito à revisão da RMI do benefício instituidor - NB 42/048.114.178-2.

Com as contrarrazões, os autos vieram a esta E. Corte.

É o relatório.

### **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por ROSITA SUIKO MATSUDA, em que se pleiteia a revisão da renda mensal inicial de pensão por morte, mediante o cômputo de salários de contribuição relativos à revisão do benefício originário reconhecidos por meio de sentença transitada em julgado. Requer-se o pagamento das diferenças vencidas do benefício desde o seu início em 01/09/2005, com afastamento da prescrição quinquenal em face da data em que transitou em julgado o título judicial que originou seu direito à revisão.



De início, cumpre afastar eventual alegação de decadência, tendo sido observado expressamente na r. sentença que, *“não obstante a concessão do benefício de pensão por morte da autora, iniciado em 21.09.2005, a questão é afeta aos reflexos decorrentes da ação judicial de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do ‘de cujus’, proposta em 23.04.1998 e com respectivo trânsito em julgado somente em 21.01.2019”* (ID 26270769- p. 7).

Considerando que a parte autora não interpôs recurso de apelação e que o INSS recorreu da r. sentença tão somente com relação à incidência de prescrição quinquenal, bem como não ser o caso de conhecimento de remessa oficial, observo que a matéria referente à revisão de pensão por morte, propriamente dita, não foi impugnada, restando, portanto, acobertada pela coisa julgada.

Assim, passo a examinar a matéria objeto do recurso.

A r. sentença afastou a preliminar de prescrição, nos seguintes termos:

“(…)

É certo que em matéria previdenciária não há que se falar em prescrição do fundo de direito. Vigora a imprescritibilidade do direito aos benefícios. Contudo, prescritas as parcelas vencidas, haja vista que a exigibilidade das parcelas consideradas como devidas e não pagas resta condicionada ao lapso quinquenal. No caso, entre a data do trânsito em julgado da ação judicial afeta ao objeto que culminou a presente ação de revisão, até a propositura desta, não decorrido o lapso superior a 05 (cinco) anos, inclusive, entremeio a tal íterim, previamente interposto recurso administrativo revisional, qual restou indeferido. Assim, afasto tal preliminar arguida pelo réu.

(…)”

Destaca-se que o art. 103 da Lei 8.213/1991, parágrafo único, prevê o prazo de prescrição para a cobrança de prestações não pagas nem reclamadas na época própria:

“Art. 103. O prazo de decadência do direito ou da ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão, indeferimento, cancelamento ou cessação de benefício e do ato de deferimento, indeferimento ou não concessão de revisão de benefício é de 10 (dez) anos, contado:

(…)”

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)”

Dessa forma, cumpre reconhecer o direito da parte autora à revisão da pensão por morte (DIB 01/09/2005), devendo ser observada, quanto ao pagamento das diferenças atrasadas, a prescrição quinquenal, contada a partir do requerimento administrativo revisional (26/02/2020 - ID 262707461).

O eventual pagamento de benefício previdenciário na via administrativa, seja ele total ou parcial, após a citação válida, não tem o condão de alterar a base

de cálculo para os honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento, que será composta pela totalidade dos valores devidos.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observado o quanto decidido pelo C. STF por ocasião do julgamento do RE 870947, sendo que a partir da promulgação da EC nº 113/2021, publicada em 09/12/2021, haverá a incidência da taxa Selic para fins de atualização monetária e compensação da mora, inclusive do precatório, uma única vez, até o efetivo pagamento, acumulado mensalmente.

Anote-se, na espécie, a necessidade de ser observada a prescrição quinquenal das parcelas que antecedem o quinquênio contado do requerimento administrativo revisional (26/02/2020 - ID 262707461) e a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora na esfera administrativa.

Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, *dou provimento à apelação do INSS*, para observar a incidência da prescrição quinquenal, nos termos acima consignados.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5010825-70.2020.4.03.6183**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
 Apelado: JOSE MAURICIO FERREIRA LIMA  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN  
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 28/10/2022

### **EMENTA**

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA /APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSECTÁRIOS.

- A Lei nº 8.213/91 preconiza, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez, atualmente denominada aposentadoria por incapacidade permanente, nos termos da EC nº 103/2019, 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, atualmente denominado auxílio por incapacidade temporária, nos termos da EC nº 103/2019, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência e a condição de segurado.

- O benefício de auxílio por incapacidade temporária, 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).

- Presentes os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de auxílio por incapacidade temporária, especialmente, a comprovação da incapacidade laborativa, com necessidade de submissão ao programa de reabilitação profissional, o pedido é procedente.

- 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.

- Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

- A partir do mês de promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo

3º, ficando vedada a incidência da taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.
- Apelação do INSS provida em parte.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona 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.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez, com o acréscimo de 25%, ou o restabelecimento de auxílio doença.

A sentença, proferida em 27.06.2022, julgou parcialmente procedente o pedido e condenou o INSS a restabelecer o benefício de auxílio doença, desde a data da cessação administrativa (18.10.2017), devendo submeter o autor à perícia de elegibilidade para reabilitação profissional, convertendo o benefício em aposentadoria por invalidez caso não seja exitoso o serviço de recuperação. Determinou a incidência sobre os valores atrasados, desde os respectivos vencimentos, de correção monetária pelo INPC, e aplicação de juros de mora, a partir da citação, equivalentes ao índice de remuneração da caderneta de poupança. Condenou o réu, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, cujo percentual será definido na liquidação da sentença, nos termos do inciso II, do parágrafo 4º, do artigo 85 do CPC/2015, e com observância do disposto na Súmula 111 do STJ. Tutela antecipada concedida. Dispensada a remessa oficial. (ID 262870765).

Em suas razões recursais, o INSS pugna pela improcedência do pedido, ao argumento da ausência de incapacidade laborativa para a concessão do auxílio doença, em razão da incapacidade laborativa constatada pelo perito judicial ser de forma apenas parcial, bem como devido à restrição funcional do requerente não impedir o exercício da sua atividade habitual. Eventualmente, pleiteia a incidência da correção monetária e juros de mora na forma da EC 113/2021. Por fim, suscita o prequestionamento legal para fins de interposição de recursos. (ID 262870767).

Com contrarrazões (ID 262870772), subiram os autos a este Eg. Tribunal. É o relatório.

## **VOTO**

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

## DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE E AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

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, atualmente denominada aposentadoria por incapacidade permanente, nos termos da EC nº 103/2019, 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, atualmente denominado auxílio por incapacidade temporária, nos termos da EC nº 103/2019, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência e a condição de segurado.

Independente, 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.

Cumprido 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 desta Turma:

“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 incapacidade permanente 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 por incapacidade temporária, 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).

Cumpra salientar, ainda, que o benefício acima referido é um “minus” em relação à aposentadoria por incapacidade permanente, a qual sendo concedida não gera cumulação, mas sim cessação daquele.

#### DO CASO DOS AUTOS

Não há insurgência da autarquia federal quanto à carência e à qualidade de segurado, razão pela qual deixo de analisar tais requisitos, em respeito ao princípio da devolutividade dos recursos ou *tantum devolutum quantum appellatum*.

No tocante à incapacidade laborativa, o laudo pericial, elaborado em 21.12.2020 (ID 262870681), concluiu pela existência de incapacidade laborativa parcial e permanente do autor, motorista, com 53 anos, 4ª série do ensino fundamental, conforme segue:

##### “(...) 3.a – Queixa e duração

Periciando refere cardiopatia decorrente de insuficiência coronariana diagnosticada em 2016.

##### 3.b – História pregressa da moléstia atual

(...)

Alega o Autor que (...), após 2 dias de trabalho, iniciou quadro de dor no peito e dispneia de início abrupto, que culminou em um mal súbito, com consequente perda de consciência. Refere ter sido socorrido por terceiros, tendo sido levado para o Hospital Tatuapé, onde permaneceu internado por 10 dias, quando recebeu alta hospitalar, dando entrada na perícia a seguir. Salienta ter permanecido afastado de 21/11/2016 a 18/10/2017, não retornando ao trabalho desde então. Refere ter se submetido à revascularização miocárdica em 27/12/2016, no Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia. Atualmente, refere dispneia acentuada aos pequenos esforços. No presente momento, observa o Reclamante fazer uso das seguintes medicações: carvedilol; atorvastatina; AAS; losartan; mononitrato de isossorbida, espironolactona, furosemida, omeprazol e metformina, esta última para tratamento de diabetes mellitus. Ao ser indagado, negou quaisquer outros queixumes. (...)

##### 4.a – Exame físico geral

Periciando em regular estado geral, (...); frequência de pulso arterial radial de 64 batimentos por minuto, fácies inaracterístico. (...).

*4.b – Exame físico especial*

(...)

*· TÓRAX:*

Ausência de abaulamentos ou retrações torácicas. Cicatriz cirúrgica hipocrômica longitudinal, com extensão aproximada de 25 cm, localizada na região esternal. À ausculta cardíaca, ritmo cardíaco regular em dois tempos, com sopro diastólico ++/4+ em foco aórtico. À ausculta pulmonar, murmúrio vesicular presente bilateralmente, sem ruídos adventícios.

(...)

*DO PRESENTE CASO:*

(...)

(...), insta observar que a moléstia que acometeu o autor resultou em um quadro de insuficiência cardíaca moderada que persiste até os dias atuais.

(...)

As alterações apresentadas atualmente pelo Requerente não implicam em inaptidão para o desempenho da função de Motorista de Caminhão, todavia resultam em redução parcial e permanente da capacidade laboral, não impedindo, porém, que o Autor exerça esta ou outras atividades laborais compatíveis, desde que possam ser desenvolvidas sem o dispêndio de esforços físicos moderados ou acentuados.

*7 – CONCLUSÃO*

(...)

Conclui, por importante, que as alterações apresentadas atualmente pelo Autor não implicam em inaptidão para o desempenho da função de Motorista de Caminhão, todavia resultam em redução parcial e permanente da capacidade laboral, não impedindo, porém, que o Autor exerça esta ou outras atividades laborais compatíveis, desde que possam ser desenvolvidas sem o dispêndio de esforços físicos moderados ou acentuados. (...). (ID 262870681 – págs. 03-05 e 09-10).

Em laudo complementar (ID 262870748), o perito judicial retifica a conclusão pericial, afirmando que “considerando que a atividade do Autor requer a necessidade de carregar e descarregar o caminhão, exercendo esforços físicos de moderada ou de grande monta, apesar da incapacidade laboral ser parcial, pode-se considerar que há inaptidão para esta função”.

Os documentos médicos juntados aos autos (ID 262870666 – págs. 14-148 e ID’s 262870667/672) se coadunam à conclusão pericial, pois demonstram a incapacidade da parte autora para o exercício da atividade habitual.

Assim, tendo o expert atestado a incapacidade de forma permanente para a atividade habitual, com possibilidade do exercício de outras atividades, e estando o demandante em idade ainda produtiva (com 55 anos atualmente), nota-se que o conjunto probatório sinaliza a possibilidade de reabilitação profissional, sendo devido o auxílio por incapacidade temporária, *cuja cessação está condicionada à reabilitação profissional do segurado para atividades compatíveis com seu quadro clínico*.

Vale observar que a reabilitação profissional, prevista no art. 203, IV, da Constituição da República de 1988, e regulamentada no art. 89 da Lei nº 8.213/1991, prevê exatamente a possibilidade de proporcionar aos beneficiários incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho os meios necessários para a (re)educação e para a (re)adaptação profissional e social indicadas para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vivem.

Em face de todo o explanado, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio por incapacidade temporária, para submissão à reabilitação profissional, em valor a ser calculado pelo INSS na forma da legislação, nos termos da r. sentença.

Saliento, por oportuno, que é devido o abono anual, nos termos dos arts. 201, § 6º, da Constituição Federal e 40 da Lei n. 8.213/91 aos aposentados e pensionistas, tendo por base o valor dos proventos do mês de dezembro.

#### CONSECTÁRIOS

##### 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.

##### 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.

##### DA APLICAÇÃO ÚNICA DA SELIC A PARTIR DA EC Nº 113, DE 08/12/2021

A partir do mês de promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

##### HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

##### PREQUESTIONAMENTO

Por derradeiro, a sentença não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento.

##### DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS*, para adequar os critérios de correção monetária e juros de mora, observados os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5000025-02.2021.4.03.6133**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: JULIO RIBEIRO DA SILVA  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 06/10/2022

### **EMENTA**

PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DE GENITOR APÓS A LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97. FILHO MAIOR E INVÁLIDO. INCAPACIDADE DO BENEFICIÁRIO ANTERIOR AO ÓBITO DO INSTITUIDOR. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DEMONSTRADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. CUMULAÇÃO DE PENSÕES. POSSIBILIDADE.

I- Os requisitos para a concessão de pensão por morte prevista na Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, decorrente do falecimento de genitor compreendem a dependência dos beneficiários e a qualidade de segurado do instituidor da pensão.

II- No que tange à dependência econômica, a teor do disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91, é beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado, entre outros, o filho inválido, cuja dependência é presumida, nos termos do § 4º do mesmo artigo.

III- Quadra ressaltar que a Lei de Benefícios não exige, para fins de concessão de pensão por morte, que a incapacidade do dependente seja anterior à data em que completou 21 anos de idade, bastando comprovar que a sua invalidez precede a data do óbito do instituidor. Demonstrada, assim, a dependência econômica.

IV- Não merece prosperar a alegação de impossibilidade de cumulação de pensões em decorrência do falecimento de genitores, vez que o art. 124, inciso VI, da Lei nº 8.213/91 dispõe acerca de pensão deixada por cônjuge ou companheiro.

V- Consoante jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça, as questões referentes à correção monetária e juros moratórios são matérias de ordem pública, passíveis de apreciação até mesmo de ofício.

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, 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 partir de 9/12/21, data da publicação da Emenda Constitucional nº 113, de 8/12/21, deve ser observado o disposto em seu art. 3º: "*Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública,*

*independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente."*

VII- Apelação do INSS improvida.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR):** Trata-se de ação ajuizada em 11/1/21 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à concessão de pensão por morte em decorrência de falecimento de genitor, ocorrido em 30/5/06. Pleiteia, ainda, a fixação do termo inicial do benefício a partir da data do óbito ou do requerimento administrativo, bem como a tutela de urgência.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, e indeferida a antecipação dos efeitos da tutela.

O Juízo *a quo*, em 11/3/22, julgou *parcialmente procedente* o pedido, concedendo o benefício requerido em favor do autor, filho maior inválido, desde a data do requerimento administrativo formulado em 13/7/20, considerando que "*sua mãe passou a receber a pensão por morte na qualidade de companheira do falecido, conforme se depreende do ID 43948610 - Págs. 56/57 (NB 21/140.561.144-5, com DIB em 30/05/2006 e DCB em 21/05/2018). Somente após o falecimento da pensionista, ocorrido em 21/05/2018, o demandante formulou pedido administrativo da pensão por morte, o qual foi indeferido por ausência de invalidez*" (fls. 184 – id. 259898873 – pág. 3). Determinou o pagamento dos valores atrasados, acrescidos de atualização monetária desde o vencimento da obrigação, e juros moratórios a contar da citação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se em relação à correção monetária, os precedentes do C. STF no RE nº 870.947/SE (Tema nº 810) e do C. STJ no REsp nº 1.492.221/PR (Tema nº 905). Isenção de custas. Os honorários advocatícios foram arbitrados no percentual mínimo sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença, a ser definido após liquidação do julgado (art. 85, §§ 2º, 3º e 4º, inciso II, e art. 86, parágrafo único, ambos do CPC/15 e Súmula nº 111 do C. STJ).

Inconformada, apelou a autarquia, sustentando em síntese:

- a perda da qualidade de dependente, vez que a invalidez deve ser anterior à data em que o filho completou 21 anos ou outra causa de emancipação e

- o fato de já receber benefício previdenciário, afastando a presunção da dependência financeira, motivo pelo qual deve ser reformada a R. sentença, para ser julgado improcedente o pedido.

Com contrarrazões, nas quais pleiteia o demandante a condenação do INSS em honorários de sucumbência de 20% sobre o valor da condenação, subiram os autos a esta E. Corte.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 210/218 (id. 260284318 – págs. 1/9), opinando pelo não provimento do recurso do INSS.

É o breve relatório.

### VOTO

*O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR):* Inicialmente, cumpre assinalar que o pedido formulado em contrarrazões não será conhecido, em razão da via inadequada utilizada pelo autor para pleitear a reforma do R. *decisum*, no tocante à verba honorária.

Passo à análise do recurso da autarquia.

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à concessão de pensão por morte em decorrência do falecimento de genitor. Tendo o óbito ocorrido em 30/5/06, são aplicáveis as disposições da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, *in verbis*:

“Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até 30 (trinta) dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.”

Da simples leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da pensão por morte compreendem a dependência dos beneficiários e a qualidade de segurado do instituidor da pensão.

O falecimento do genitor do autor José Ribeiro, ocorreu em 30/5/06, solteiro aos 66 anos de idade, tendo sido declarante o filho e curador do demandante José Carlos Ribeiro da Silva, com a observação de haver deixado os filhos maiores Júlio, José e Eduardo, de 39, 38 e 35 anos, respectivamente (fls. 25 – id. 259898838 – pág. 9).

A *qualidade de segurado* do falecido ficou comprovada nos autos, conforme o extrato de consulta realizada no CNIS, vez que recebia auxílio doença previdenciário NB 31/ 502.749.299-1, desde 26/1/06 até a data do óbito, em 30/5/06 (fls. 59 – id. 259898838 – pág. 43), sendo, portanto, incontroversa.

No que tange à *dependência econômica*, a teor do disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91, é beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado, entre outros, o filho inválido, cuja dependência é presumida, nos termos do § 4º do mesmo artigo.

No entanto, a invalidez à época do óbito do instituidor deve ser demonstrada.



*In casu*, encontra-se acostado aos autos a fls. 9/10 (id. 259898832 – págs. 1/2), a cópia do documento de identidade do autor, nascido em 13/3/67, comprovando a sua filiação em relação ao falecido, constando, ainda, a observação “*não alfabetizado*”.

A fls. 14 (id. 259898835 – pág. 1), foi acostada a cópia do Termo de Compromisso de Curador Definitivo, lavrado em 27/11/18, no processo de Interdição nº 0008572-71.1996.8.26.0361, em que foi concedida a substituição da curatela do autor interditado, da genitora Maria Lourdes do Prado para o irmão e representante legal José Carlos Ribeiro da Silva. Ainda, a fls. 75 (id. 259898838 – pág. 59), extrato de consulta no sistema Plenus revela que o demandante recebeu benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência NB 87/ 106.045.262-3, no período de 16/4/97 a 30/6/20.

Outrossim, para a comprovação da invalidez, foi determinada a realização de perícia médica judicial em 30/6/21, tendo sido elaborado o respectivo parecer técnico de fls. 139/143 (id. 259898860 – págs. 1/5). Afirmou a esculápia encarregada do exame, com base na análise da documentação médica dos autos, que o autor de 54 anos possui diagnóstico de esquizofrenia paranoide e retardo mental moderado (CID10 F20.0 e F71.1), comprovando ser portador de deficiência cognitiva grave, com comprometimento das atividades da vida diária. Estabeleceu o início da incapacidade a contar do processo de interdição datado de 1996.

Quadra ressaltar que a Lei de Benefícios não exige, para fins de concessão de pensão por morte, que a incapacidade do dependente seja anterior à data em que completou 21 anos de idade, bastando comprovar que a sua invalidez precede a data do óbito do instituidor.

Não há que se falar, ainda, em impossibilidade de concessão da pensão em decorrência do falecimento de genitor, em razão de o autor encontrar-se percebendo pensão pelo óbito da genitora, NB 21/ 194.184.458-5, com DIB em 11/12/18 (fls. 77 – id. 259898838 – pág. 61).

Como bem asseverou o I. Representante do *Parquet* Federal a fls. 217 (id. 260284318 – pág. 8), “*Como se vê, tanto o filho que era incapaz desde a infância e permanece nessa condição na vida adulta, quanto aquele que torna-se incapaz somente após atingir a maioridade, são dependentes de seus genitores, por expressa presunção legal do artigo 16 da Lei 8.213/91. Sendo assim, evidente que o INSS não pode criar distinção onde a lei não cria. Outrossim, não merece guarida a alegação de cumulação indevida de pensões, porquanto esta diz respeito apenas a mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, conforme reza o artigo 124, VI da Lei 8213/91*”.

Dessa forma, comprovado que a incapacidade da parte autora remonta à época anterior ao óbito do genitor, ficou demonstrada a dependência econômica.

No que tange à carência, dispõe o art. 26 da Lei nº 8.213/91:

“Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente;”

Independe, portanto, a demonstração do período de carência para a concessão da pensão por morte.

Dessa forma, deve ser mantida a pensão por morte concedida em sentença.

Consoante jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça, as questões referentes à correção monetária e juros moratórios são matérias de ordem pública, passíveis de apreciação até mesmo de ofício, nos termos dos precedentes *in verbis*:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO JUDICIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. OMISSÃO QUANTO AO VALOR DA DEDUÇÃO, TERMO INICIAL E FINAL DOS JUROS REMUNERATÓRIOS E TAXA DE JUROS MORATÓRIOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. *Consoante a firme orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a correção monetária e os juros de mora incidem sobre o objeto da condenação judicial e não se prendem a pedido feito em primeira instância ou a recurso voluntário dirigido ao Tribunal de origem. Por se tratar de matéria de ordem pública, cognoscível até mesmo de ofício, não está sujeita à preclusão, salvo na hipótese de já ter sido objeto de decisão anterior. Precedentes.*

3. A questão de ordem pública e, como tal, cognoscível de ofício pelas instâncias ordinárias, é matéria que pode ali ser veiculada pela parte em embargos de declaração, ainda que após a interposição de seu recurso de agravo de instrumento, tal como se deu na hipótese.

4. Enquanto não instaurada esta instância especial, a questão afeta aos juros moratórios, em todos os seus contornos, não se submete à preclusão, tampouco se limita à extensão da matéria devolvida em agravo de instrumento.

5. No caso, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre a alegação, deduzida pelo Banco em embargos de declaração, sobre o termo inicial e final dos juros moratórios, justificando-se, portanto, o reconhecimento de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973.

6. Agravo interno a que se nega provimento.”

(STJ, AgInt. no AREsp. nº 937.652/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/08/2019, DJe 30/08/2019, grifos meus)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL. INOCORRÊNCIA. *CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA*. REMESSA NECESSÁRIA. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

2. *As questões relativas à correção monetária e aos juros de mora são de ordem pública e, por isso, devem ser conhecidas ou modificadas de ofício em sede de remessa necessária, sem importar em ofensa ao princípio da congruência e, por conseguinte, da non reformatio in pejus.*

3. Agravo interno não provido.”

(STJ, AgInt. no REsp. nº 1.555.776/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 23/9/2019, DJe 25/9/2019, 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*, 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).

A partir de 9/12/21, data da publicação da Emenda Constitucional nº 113, de 8/12/21, deve ser observado o disposto em seu art. 3º: *"Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente."*

Ante o exposto, nego provimento à apelação do INSS, devendo a correção monetária ser fixada na forma acima indicada.

É o meu voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5013355-13.2021.4.03.6183**

Apelantes: S. V. M. B., S. E. M. B., INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, S. E. M. B., S. V. M. B.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/10/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO DEMONSTRADO. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA. SEGURADO DESEMPREGADO. BAIXA RENDA CONFIGURADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. AUTORAS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES. TERMO INICIAL MANTIDO NA DATA DA PRISÃO. LEI VIGENTE À ÉPOCA DO ENCARCERAMENTO. PAGAMENTO DEVIDO TAMBÉM NO PERÍODO DO REGIME SEMIABERTO. APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDA. APELAÇÃO DAS AUTORAS PROVIDA. CONECTIVOS LEGAIS FIXADOS DE OFÍCIO.

1. O auxílio-reclusão é devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes de segurado de baixa renda recolhido à prisão.

2. Tendo em vista que o seu último vínculo laboral encerrou-se em 04.11.2011, o instituidor mantinha a condição de segurado à época da prisão, ocorrida em 07.03.2012, nos termos do artigo 15, II, da Lei nº 8.213/91. Ressalte-se, por oportuno, que em que pese os recolhimentos tenham sido extemporâneos, o referido vínculo empregatício do segurado restou devidamente comprovado nos autos.

3. O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.485.417/MS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008, firmou a tese de que *"Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição"*.

4. Após instauração de Questão de Ordem, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça reafirmou a tese definida no Tema 896, trazendo como novidade apenas a especificação do regime jurídico aplicável: *"Para a concessão de auxílio-reclusão (artigo 80 da Lei 8.213/1991) no regime anterior à vigência da MP 871/2019, o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição"*.

5. Dessarte, estando o segurado desempregado à época em que foi preso, é irrelevante o valor de seu último salário-de-contribuição, pois caracterizada a condição de baixa renda.

6. Preenchidos os demais requisitos, as autoras fazem jus ao recebimento do benefício de auxílio-reclusão.

7. O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do recolhimento do segurado à prisão (07.03.2012), nos termos do artigo 116, §4º, do Decreto 3.048/99, uma vez que tanto à época da prisão, quanto por ocasião do requerimento administrativo, as autoras eram absolutamente incapazes, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

8. Considerando que a legislação aplicável ao auxílio-reclusão é a vigente no momento do recolhimento à prisão e que à época do primeiro encarceramento do instituidor (07.03.2012) estava em vigor a redação original da Lei 8.213/91 (que não limitava a concessão do benefício apenas ao segurado recolhido à prisão em regime fechado), também deve ser incluído na condenação o período em que o segurado esteve recluso em regime semiaberto (06.10.2015 a 24.08.2016), sendo o benefício devido, portanto, nos períodos de 07.03.2012 a 24.08.2016 e de 05.07.2018 a 11.01.2020.

9. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 784/2022 (que já contempla a aplicação da Selic, nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021), do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

10. Apelação do INSS desprovida. Apelação das autoras provida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, dar provimento à apelação das autoras e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfirio (Relator): Trata-se de ação proposta por SIMONY VITORIA MOURA BEZERRA e outro(a) em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio-reclusão.

Juntados procuração e documentos.

O INSS apresentou contestação.

Réplica.

A ação foi julgada improcedente.

Interposto recurso inominado pelas autoras, a Décima Segunda Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região anulou o processo desde a fase instrutória.

Com o retorno dos autos, foi reconhecida a incompetência do Juizado Federal Especial e determinada a remessa dos autos a uma das Varas Previdenciárias de São Paulo/SP.

O processo foi distribuído à 8ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo/SP.

Foram ratificados os atos praticados perante o JEF e deferido o pedido de gratuidade da justiça.

Parecer Ministerial.

O MM. Juízo de origem julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder o benefício de auxílio-reclusão nos períodos em que o instituidor esteve preso em regime fechado (07.03.2012 a 06.10.2015 e 05.07.2018 a 11.01.2020).

Inconformada, a autarquia interpôs recurso de apelação alegando, em síntese, que diante da ausência de quaisquer documentos que comprovem sua regularidade, não há como se reconhecer o vínculo extemporâneo constante no CNIS e computá-lo para efeito de comprovação da qualidade de segurado do instituidor. Sustenta, ainda, que não restou demonstrada a condição de baixa renda do recluso. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo, bem como a alteração dos consectários legais.

As autoras, por sua vez, apelaram requerendo seja incluído na condenação o pagamento do auxílio-reclusão no período em que o instituidor esteve preso no regime semiaberto (06.10.2015 a 24.08.2016), em respeito ao princípio "*tempus regit actum*".

Com contrarrazões das autoras, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento da apelação do INSS e pelo provimento da apelação das autoras.

É o relatório.

## VOTO

*O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfirio (Relator):* Estabelece o artigo 201, inciso IV, da Constituição Federal que:

"Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

IV- salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;"

O artigo 80 da Lei 8.213/91, que regulamenta o citado dispositivo constitucional, assim dispunha à época da prisão do instituidor:



“Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.”

Ainda, o art. 116, caput, do Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), prevê:

“Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).”

Dessarte, em sede de auxílio-reclusão devia-se demonstrar, basicamente, os seguintes requisitos: (a) o recolhimento do segurado à prisão; (b) a qualidade de segurado do recluso; (c) a dependência econômica do interessado; e (d) o enquadramento do preso como pessoa de baixa renda (o último salário-de-contribuição deve ser igual ou inferior ao limite legal), a teor dos artigos 201, IV, da CF, 80 da Lei 8.213/91 e 116 do Decreto nº 3.048/99.

O pedido foi instruído com comprovante do efetivo recolhimento à prisão do Sr. Francisco Everton Bezerra nos períodos de 07.03.2012 a 24.08.2016 e 05.07.2018 a 11.01.2020 (páginas 118/121 - ID 260829898).

Quanto ao requisito da qualidade de segurado, estabelece o artigo 15 da Lei nº 8.213/91:

“Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.”

Da análise do extrato do CNIS juntado à página 122 - ID 260829898 extrai-se que o último vínculo laboral do instituidor encerrou-se em 04.11.2011, de modo que, nos termos do artigo 15, II, da Lei nº 8.213/91, mantinha sua condição de segurado à época da prisão, ocorrida em 07.03.2012.

Saliente-se que não obstante os recolhimentos tenham sido extemporâneos, o referido vínculo empregatício do segurado foi devidamente comprovado através do termo de rescisão de contrato de trabalho colacionado à página 436 - ID 260829897, dos holerites juntados às páginas 437/439 - ID 260829897, do extrato do FGTS anexado às páginas 441/443 - ID 260829897, bem como da sentença homologatória de acordo proferida na ação trabalhista nº 0000278-83.2012.5.02.0071 (páginas 23/24 - ID 260829898).

Relativamente à qualidade de dependente, verifica-se do inciso I, do artigo 16, da Lei 8.213/91, que o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, é beneficiário do Regime Geral de Previdência Social na condição de dependente do segurado. Ainda, determina o § 4º do referido artigo que a sua dependência econômica é presumida:

“Art. 16. São beneficiários do regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II- “omissis”

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

Conforme as certidões de nascimento juntadas às páginas 09 e 12 - ID 260829895, as autoras são filhas do recluso, de modo que a dependência econômica é presumida.

Resta, por fim, analisar a renda do segurado recluso, conforme restou decidido no julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral, do RE 587365, publicado no DOU em 08.05.2009 e relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, cuja ementa segue:

“PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RES-TRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I- Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II-Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão,

a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III-Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV- Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Ressalte-se, por oportuno, que o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.485.417/MS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008, publicado no DJe em 02.02.2018, firmou o entendimento de que *“Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.”*:

“RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA EM PERÍODO DE GRAÇA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE RENDA. ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO AFASTADO. CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015)

1. A controvérsia submetida ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008 é: “definição do critério de renda (se o último salário de contribuição ou a ausência de renda) do segurado que não exerce atividade remunerada abrangida pela Previdência Social no momento do recolhimento à prisão para a concessão do benefício auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991)”. FUNDAMENTOS DA RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991, o benefício auxílio-reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional.

3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a “baixa renda”.

4. Indubitavelmente o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor.

5. O art. 80 da Lei 8.213/1991 expressa que o auxílio-reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão “não receber remuneração da empresa”.

6. Da mesma forma o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que “é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que Documento: 42019548 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 02/02/2018 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça mantida a qualidade de segurado”, o que regula a situação fática ora deduzida, de forma que a ausência de renda deve ser considerada para o segurado que está em período de graça pela falta do exercício de atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. (art. 15, II, da Lei 8.213/1991).

7. Aliada a esses argumentos por si sós suficientes ao desprovimento do Recurso Especial, a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a

concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio *tempus regit actum*. Nesse sentido: AgRg no REsp 831.251/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23.5.2011; REsp 760.767/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.10.2005, p. 377; e REsp 395.816/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2.9.2002, p. 260.

TESE PARA FINS DO ART. 543-C DO CPC/1973

8. Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.

CASO CONCRETO

9. Na hipótese dos autos, o benefício foi deferido pelo acórdão recorrido no mesmo sentido do que aqui decidido.

10. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ."

Cumprе consignar, ainda, que após instauração de Questão de Ordem, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça reafirmou a tese definida no Tema 896 acima transcrito, trazendo como novidade apenas a especificação do regime jurídico aplicável: *"Para a concessão de auxílio-reclusão (artigo 80 da Lei 8.213/1991) no regime anterior à vigência da MP 871/2019, o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição"*.

No caso, observa-se que, à época em que foi preso, o segurado estava desempregado, sendo, nos moldes da tese firmada pelo C. STJ, irrelevante o fato de seu último salário-de-contribuição ter sido superior ou não ao limite estabelecido.

Cabe destacar, outrossim, que este também é o entendimento desta 10ª Turma:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1- A condição de desempregado do segurado, no momento imediatamente anterior à reclusão do mesmo, torna irrelevante a última contribuição previdenciária feita, caracterizando erro material no acórdão, sujeito à revisão pela Corte julgadora. 2- Excepcionalmente, o efeito modificativo dos embargos de declaração tem vez quando, apenas, houver defeito material que, após sanado, obrigue a alteração do resultado do julgamento, Precedente do STJ. 3- Embargos de declaração acolhidos." (TRF 3ª Região - 10ª Turma; AC 00373676320104039999, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, DJU 28.03.2012, decisão unânime)

Logo, conclui-se que o segurado recluso possuía a condição de baixa renda para o fim de concessão de auxílio-reclusão, cumprindo, dessa forma, todos os requisitos ensejadores do pedido autoral, razão pela qual a r. sentença deve ser mantida neste ponto.

O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do recolhimento do segurado à prisão (07.03.2012), nos termos do artigo 116, §4º, do Decreto 3.048/99,

uma vez que tanto à época da prisão, quanto por ocasião do requerimento administrativo, as autoras eram absolutamente incapazes, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

No que tange ao prazo de duração do benefício, assiste razão às autoras.

Considerando que a legislação aplicável ao auxílio-reclusão é a vigente no momento do recolhimento à prisão e que à época do primeiro encarceramento do instituidor (07.03.2012) estava em vigor a redação original da Lei 8.213/91 (que não limitava a concessão do benefício apenas ao segurado recolhido à prisão em regime fechado), também deve ser incluído na condenação o período em que o segurado esteve recluso em regime semiaberto (06.10.2015 a 24.08.2016), sendo o benefício devido, portanto, nos períodos de 07.03.2012 a 24.08.2016 e de 05.07.2018 a 11.01.2020.

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 784/2022 (que já contempla a aplicação da Selic, nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021), 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.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação do INSS e dou provimento à apelação das autoras*, para incluir na condenação o período em que o segurado esteve recluso em regime semiaberto (06.10.2015 a 24.08.2016), fixando, de ofício, os consectários legais na forma acima explicitada.

*É o voto.*

## **AÇÃO RESCISÓRIA**

### **5014645-85.2021.4.03.0000**

Autora: CARMEN DOS SANTOS  
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 19/10/2022

#### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DEFICIÊNCIA INTELECTUAL LEVE. INCAPACIDADE NÃO COMPROVADA. VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Para que se configure a hipótese prevista no Art. 966, V, do CPC, impõe-se que a violação à norma seja frontal e direta.
2. O julgado rescindendo apenas deu aplicação à legislação de regência ao indeferir a concessão do benefício assistencial, diante da ausência do requisito da incapacidade, já que o laudo médico pericial concluiu que a parte autora possuía deficiência intelectual leve e a redução de sua capacidade laboral era parcial, o que permitia que fosse reabilitada para o desempenho de função de menor complexidade.
3. É pacífico o entendimento de que a ação rescisória constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando a apreciar justiça ou injustiça da decisão rescindenda, muito menos ao reexame da prova produzida.
4. Pedido inicial julgado improcedente.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o pedido formulado na inicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação da tutela, proposta com fundamento no Art. 966, V CPC, com o objetivo de desconstituir a r. decisão proferida nos autos da apelação cível nº 6151172-71.2019.4.03.9999, que deu parcial provimento à apelação interposta pela autarquia previdenciária para reformar a sentença que julgou procedente o pedido de concessão do benefício assistencial.

A parte autora sustenta que o julgado incorreu em violação ao Art. 6º da Constituição Federal, bem como afrontou as disposições contidas no Art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93, e na Súmula nº 29 da TNU, ao negar a concessão do benefício assistencial mesmo diante de estudo social e laudo médico que comprovaram cabalmente o preenchimento dos requisitos.



Requer a procedência do pedido para rescindir o julgado, a fim de que, em nova decisão, seja-lhe concedido o benefício pleiteado desde a data do requerimento administrativo, formulado em 02/05/2018.

Indeferida a tutela de urgência.

Gratuidade da justiça concedida.

Em contestação, o réu argui, em sede de preliminar, a carência de ação, por ausência do interesse de agir, com base no argumento de que a parte autora pretende apenas a rediscussão do quadro fático-probatório produzido na lide subjacente. No mérito, sustenta a inexistência de violação manifesta de norma jurídica no julgado.

Réplica à contestação.

Dispensada a produção de novas provas.

Razões finais ofertadas por ambas as partes.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação rescisória.

É o relatório.

## **VOTO**

A preliminar de carência de ação se confunde com o mérito e naquele âmbito deve ser analisada.

Passo ao exame da matéria de fundo.

A controvérsia nos autos cinge-se à questão sobre eventual ofensa aos Arts. 6º da Constituição Federal; 20, § 2º, da Lei 8.742/93 e a Súmula nº 29 da TNU, por ter o julgado rescindendo denegado a concessão do benefício assistencial.

Os dispositivos e o enunciado de Súmula tidos por violados assim estabelecem:

“CF/1988

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”.

“Lei 8.742/93

Art. 20. (...)

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

“Súmula nº 29 da TNU

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”.

Para que se configure a hipótese prevista no Art. 966, V, do CPC, impõe-se que a violação à norma seja frontal e direta.

Sobre o tema, leciona a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, ainda que sobre o conceito de “violação a literal disposição de lei”, expresso no Código Processual Civil revogado, que:

“O conceito de violação “literal de disposição de lei” vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.

O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral dos Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; “é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (error in iudicando), como quando é proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (error in procedendo).

Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo órgão julgador”.

(THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual. Vol. I. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 701-702).

A respeito do estatuto processual em vigor, acrescenta:

“Violação manifesta, referida pelo art. 966, V, do atual Código exprime bem a que se apresenta frontal e evidente à norma, e não a que decorre apenas de sua interpretação diante da incidência, sobre determinado quadro fático. Reconhece-se que toda norma tem um núcleo mínimo ou específico de compreensão, mesmo quando esteja formulada em termos vagos ou imprecisos. É esse núcleo que não pode ser ignorado ou ultrapassado pelo intérprete e aplicador da norma. Ir contra seu conteúdo implica, segundo Sérgio Bermudes, proferir sentença “inequivocamente contrária à norma”, justificando-se a rescisória por sua manifesta violação”. (THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. III. 53 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, p. 826).

Ao substituir o termo “*violação a literal disposição de lei*” por “*violação manifesta de norma jurídica*”, o novo Código pacificou a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno do cabimento dessa hipótese de rescindibilidade não só para os casos em que há ofensa a texto de dispositivo de Lei, em sua literalidade, como também quando se viola princípios e regras integrantes do ordenamento jurídico. Por sua vez, a Lei nº 13.256/16, ao introduzir os §§ 5º e 6º, do Art. 966, do CPC, passou a prever sua aplicação contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

A decisão impugnada, ao abordar o tema em debate, fundamentou-se nos seguintes termos:

“O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham,

não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte: "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

De outro giro, os artigos 20, § 3º, da Lei 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

"Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda "per capita" seja inferior a 1/4 do salário mínimo".

"Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas."

O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei 10.741/03. De mais a mais, a interpretação deste dispositivo legal na jurisprudência tem sido extensiva, admitindo-se que a percepção de benefício assistencial, ou mesmo previdenciário com renda mensal equivalente ao salário mínimo, seja desconsiderada para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei 8.742/93. Ressalte-se, por oportuno, que os diplomas legais acima citados foram regulamentados pelo Decreto nº 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destaque o art. 4º, inc. VI e o art. 19, caput e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

"Art. 4º Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19".

"Art. 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família”.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada im procedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação n.º 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

(...)

Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova incontestada de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensáveis elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação 4374, e Recursos Extraordinários - REs 567985 e 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Também restou consolidado no colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a hipossuficiência econômica da parte:

(...)

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante a renda informada, caso a caso.

*Passo a análise da prova relativa à incapacidade laboral.*

Depreende-se do laudo médico pericial elaborado em 12/07/2019 (Num. 103372844 - Pág. 1 a 12) que após minucioso exame físico e psíquico, detalhado no referido laudo, que o Sr. perito constatou na autora, na ocasião com 58 anos de idade, “sinais de deficiência intelectual leve.”, tendo ainda esclarecido o Sr. expert: “O exame médico pericial da autora mostrou que a deambulação é normal. Não existe atrofia muscular. Há déficit intelectual leve. A autora mora sozinha e tem capacidade se cuidar de forma independente. Portanto, o exame médico pericial da autora demonstrou haver déficit funcional leve do intelecto que não determina limitações físicas.”, e concluiu: “(...) *Há redução parcial da capacidade laboral*, porém pode ser reabilitado para um ofício/profissão com menor nível de complexidade das atividades habitualmente realizadas pelo requerente.”(g.n.).

Depreende-se que a autora é potencialmente capaz de exercer trabalhos que demandem habilidades práticas, ao invés de acadêmicas, incluindo trabalho manual não especializado, ou semi-especializado.

Em suma, a incapacidade laboral observada na demandante é *multiprofissional*, ou seja, aquela em que o impedimento abrange *diversas* atividades profissionais, em oposição à incapacidade *omniprofissional*, que é aquela que implica na impossi-

bilidade do desempenho *de toda e qualquer atividade laborativa*.

Assim sendo, diante da conclusão pericial, a parte autora não tem direito ao amparo assistencial, uma vez que não preenche o requisito da incapacidade, nos moldes do quanto exigido na legislação de regência, devendo ser reformada a r. sentença, na íntegra.

Por conseguinte, impõe-se a *cassação da tutela jurisdicional* deferida pelo r. Juízo de Primeira Instância na r. sentença.

Anote-se que os requisitos necessários à obtenção do benefício assistencial devem ser cumulativamente atendidos, de tal sorte que a não observância de um deles prejudica a análise do pedido relativamente à exigência subsequente. Não se há falar em omissão do julgado.

Condeno a parte autora ao pagamento da verba honorária, que ora estipulo em R\$ 1.100,00 (hum mil e cem reais), na esteira da orientação erigida pela E. Terceira Seção desta Corte, sem se olvidar tratar-se de parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, observar-se-á, in casu, a letra do art. 98, parágrafo 3º, do CPC/2015.

Diante do exposto, com fulcro no art. 932 do NCPC, *dou provimento à apelação autárquica. Tutela antecipada revogada*"

Pelas razões declinadas, evidencia-se que o julgado apenas deu aplicação à legislação de regência ao indeferir a concessão do benefício, já que o laudo médico pericial concluiu que a autora era portadora de deficiência intelectual leve, com redução parcial de sua capacidade laboral, o que possibilitava a reabilitação para o exercício de função de menor complexidade.

A interpretação adotada pela decisão rescindenda foi orientada pelo critério da razoabilidade, com base na análise minuciosa da prova produzida e no princípio da persuasão racional do magistrado.

Verificado que a enfermidade de que a autora é portadora ocasiona perda da capacidade laboral de forma multiprofissional, e não oniprofissional, considerou-se não haver incapacitação para toda e qualquer atividade laborativa, de modo que o requisito da incapacidade para o trabalho não ficou demonstrado.

Cabe lembrar que o benefício assistencial requer o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão, de um lado, sob o aspecto subjetivo, a deficiência; de outro, sob o aspecto objetivo, a hipossuficiência econômica. Assim, não preenchida qualquer dessas condições, torna-se legítima a decisão de indeferimento.

Ressai que a parte autora, sob o pretexto da existência do vício indicado inicial, pretende apenas a rediscussão do quadro fático-probatório produzido na lide subjacente, atribuindo a ação rescisória finalidade meramente recursal, o que a legislação processual não admite.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento segundo o qual *"a ação rescisória constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando a apreciar justiça ou injustiça da decisão rescindenda, muito menos ao reexame da prova produzida"* (AR n. 439/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 14/4/1999, DJ de 17/5/1999, p. 122.).

No mesmo sentido:

"PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PREVISTO NO ART. 488, II, DO CPC. NÃO OBRIGATORIEDADE. BENEFICIÁRIO DA ASSIS-

TÊNcia JUDICIÁRIA GRATUITA. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. ATIVIDADE RURAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. O autor da ação rescisória que for beneficiário da justiça gratuita não está compelido a fazer o depósito prévio previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil.

2. É inaplicável a Súmula 343/STF quando a questão não está fundamentada em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

3. A ação rescisória constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando a apreciar a justiça ou a injustiça da decisão rescindenda.

4. Sendo as provas apresentadas insuficientes à comprovação da atividade rurícola, não há como reconhecer o direito à aposentadoria por idade de trabalhador rural.

5. Ação rescisória improcedente.

(AR n. 3.052/CE, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24/4/2013, DJe de 7/5/2013.)”.

Destarte, não demonstrada a ocorrência da hipótese de rescindibilidade indicada, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Em razão da sucumbência, arcará a autoria com honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado dado à causa, que ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, a teor do Art. 98, § 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios.

É o voto.



## **AÇÃO RESCISÓRIA**

### **5026155-95.2021.4.03.0000**

Autor: JOSE MARIA PACELI DE OLIVEIRA  
 Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS  
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 24/10/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO DE LEI: NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. PERÍODOS DE AUXÍLIO-DOENÇA NÃO INTERCALADOS COM CONTRIBUTIVOS. INVIABILIDADE DE CÔMPUTO PARA CARÊNCIA.

- Matéria preliminar que se confunde com o "meritum causae".
- Não se afigura viável considerar períodos em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez como carência, se não intercalados com períodos contributivos, como no caso dos autos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Regional.
- Condenada a parte autora em honorários advocatícios de R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), devendo ser observado, porém, o art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, inclusive no que concerne às custas e despesas processuais.
- Pedido formulado na ação rescisória julgado improcedente

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de ação rescisória proposta aos 25/10/2021 por José Maria Paceli de Oliveira (art. 966, inc. V, CPC/2015), com pedido de concessão de "liminar", contra acórdão da 10ª Turma desta Corte, de "PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para excluir do somatório do tempo de serviço os períodos de auxílio-doença não intercalados com atividade de 09/10/2006 a 20/11/2010 e de 29/04/2011 a 31/12/2011 e conceder o benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço desde 06/02/2014, bem assim determinar a forma de incidência dos juros de mora, nos termos da fundamentação."

Em resumo, sustenta que:

**"DOS FATOS**

O segurado interpelou ação judicial em 08/04/2015, sobre o número do processo 0001439-33.2015.403.6133, requerendo a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, incluindo o período recebido de auxílio-doença e a conversão do período especial laborado como insalubridade.

A sentença de primeiro grau incluiu o período do benefício recebido em sede de auxílio-doença e não converteu todo o pedido de insalubridade da empresa VOLKSWAGEN DO BRASIL, sendo incluídos os períodos 22/10/84 a 31/12/89, de 01/01/90 a 30/04/90, de 01/05/90 a 30/11/90, de 01/07/94 a 31/08/96 e de 01/09/96 a 05/03/97 e deixando de averbar os períodos laborados de 06/03/1997 á 01/10/2003.

No entanto o segurado interpelou ação trabalhista em 04/03/2005 sobre o número 0041400-11.2005.5.02.0463, no qual junta o processo na sua integralidade, comprovando que o período requerido foi devidamente reconhecido pela juntada do laudo trabalhista reconhecendo o período insalubre em grau máximo até a data de sua demissão em 15/06/2004.

Sendo interpelando recurso de Apelação pelo requerido e prolatado acórdão, revogando o período incluído do auxílio-doença, refazendo o cálculo de sua aposentadoria por tempo de contribuição de 36 anos, 05 meses e 3 dias, para aposentadoria proporcional contabilizando 31 anos de contribuição, alterando radicalmente o benefício do autor de R\$ 1.692,28 para 1.225,49 e cancelando o benefício vitalício de auxílio-acidente que não era objeto dos autos, alegando que o mesmo não poderia receber dois benefícios previdenciários, no entanto a concessão do seu benefício foi anterior á Lei de portanto, resta demonstrado o direito adquirido do segurado em manter o seu benefício de auxílio-acidente conforme concessão legal, em razão de seu benefício ser concedido desde 01/11/1997. O autor não reúne condições de retornar á sua atividade profissional, portanto fazendo jus ao seu direito adquirido pela Lei nº. 8.213/91, no art. 86, §§1º e 2º, *in verbis*

(...)

Assim a execução foi transitada em julgado mantendo a sua aposentadoria proporcional e o cancelamento do seu benefício vitalício de auxílio-acidente e declarando que o mesmo não tinha direito de receber os atrasados por ter recebido indevidamente o benefício previdenciário vitalício.

O cálculo devido da aposentadoria por tempo de contribuição do segurado, respeitando a lei em vigor, que permite a inclusão de salário benefício dos recebidos como afastamento por incapacidade conforme previsão legal, que apesar do INSS não computar este período como carência, essa conclusão se baseia, expressamente, no art. 29, § 5º da Lei 8.213/91, que estabelece:

(...)

A sua RMI conforme a lei em vigor é de R\$ 1.995,66 e seu salário atual de R\$ 3.329,78, sendo os valores apresentados pelo autor, no qual foi devidamente incluído o auxílio-doença e o auxílio-acidente que foi indevidamente cessado e não foram incluídos administrativamente no seu cálculo revisado, portanto o mesmo deve seguir os valores apresentados pelo contador do juízo que incluiu os benefícios como salários de contribuição sendo estes R\$ 3.477,54 como seu valor atual e não pago administrativamente de R\$ 1.832,73.

**DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA**

No art. 966, V do CPC, postula-se que a decisão de mérito, transitada em julgado será rescindida quando violar manifestamente a norma jurídica. No desenvolvimento desta ação, pretende-se elucidar a ofensa à norma jurídica, bem como a

violação do direito à seguridade social, direito este garantido pela Carta Magna no art. 201, § 7º, I e II e do art. 48 § 3º da Lei n. 8.213/91.

(...)

Portanto os valores recebidos do auxílio-acidente não poderão ser descontados dos valores dos atrasados pois estes não eram objeto do litígio e nem foram cessados na sua concessão, não podendo o segurado ser punido por um erro administrativo em cancelar indevidamente o auxílio-acidente pois este foi concedido em 29/08/1995, portanto o mesmo acordo com a lei 6.367/76, no qual a alteração para que o acúmulo fosse proibido foi alterado na Lei complementar em 9.528/97, portanto a sua CESSAÇÃO FOI ILEGAL, conforme os ditames da Lei em vigor na época da sua concessão, não podendo aplicar Lei atual no benefício que anteriormente foi concedido antes das alterações legais.

(...)

#### DO RECEBIMENTO DOS VALORES RETROATIVOS

Em garantia do basilar direito do autor, requer também que seja deferido o pedido do recebimento dos valores retroativos desde o pedido administrativo realizado no INSS no ano de 2014, visto que já se verificava todas as qualidades de segurado especial já naquela data, mesmo que tenha sido necessário percorrer por todas as ações possíveis para garantir o direito fundamental do autor.

#### DOS PEDIDOS

(...)

Julgar afinal, PROCEDENTE a seguinte ação rescisória para fins de concessão do benefício de APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, nos termos em que protocolado o benefício do INSS, bem como concessão dos valores atrasados desde a data do requerimento administrativo, ou seja, 18/05/2012, corrigidos monetariamente, uma vez que a negativa a concessão fora incorreta e o reconhecimento dos valores atrasados no período apurado sem que haja os descontos do benefício de auxílio-acidente, pois recebidos em boa-fé;

(...)."

Dispensada a parte autora do depósito do art. 968, inc. II, do Compêndio Processual Civil de 2015 e indeferida a medida antecipatória (fls. 1277-1279).

Contestação (fls. 1280-1297): incide na espécie a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal e a vertente demanda apresenta caráter recursal.

Réplica (fl. 1372).

Saneado o processo (fl. 1373).

Razões finais da parte autora (fl.1374).

"Parquet" Federal (fls. 1375-1377): "3. Assim, ciente do teor da presente ação e considerando a regularidade processual do feito, devolvo os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal sem pronunciamento sobre o mérito da causa e requeiro o prosseguimento do feito."

Trânsito em Julgado: 19/06/2020 (fl. 24).

Conversão do julgamento em diligência, a fim de que a parte promotente especificasse qual decisão pretendia ver rescindida (fl. 1378).

Resposta da parte autora de que é o acórdão da E. 10ª Turma desta Casa (fl. 1394).

Ciência do órgão previdenciário (fl. 1403-1404).

“Ad cautelam”, novamente ao MPF (fl. 1405).

Ministério Público Federal (fls. 1406-1409): “Diante do exposto, nada havendo a requerer, o Ministério Público Federal devolve os presentes autos a esse E. Tribunal para seu regular processamento e julgamento.”

É o relatório.

## **VOTO**

EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Cuida-se de demanda rescisória proposta por José Maria Paceli de Oliveira (art. 966, inc. V, CPC/2015) contra acórdão da 10ª Turma desta Corte, de “PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para excluir do somatório do tempo de serviço os períodos de auxílio-doença não intercalados com atividade de 09/10/2006 a 20/11/2010 e de 29/04/2011 a 31/12/2011 e conceder o benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço desde 06/02/2014, bem assim determinar a forma de incidência dos juros de mora, nos termos da fundamentação.”

### **1 – QUESTÕES PRELIMINARES**

A argumentação da autarquia federal de que incide na espécie a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal e a vertente demanda apresenta caráter recursal confunde-se com o mérito e como tal é apreciada e resolvida.

### **2 – ART. 966, INC. V, CPC/2015**

Consideramos a circunstância prevista no inc. V do art. 966 do Código Processual Civil de 2015 imprópria para a situação em apreço.

No que concerne ao inc. V em alusão, a doutrina faz conhecer que somente ofensa literal a dispositivo de lei configura sua ocorrência; ou, ainda, que se viola a norma não apenas quando se nega sua vigência, mas, igualmente, no momento em que se decide de forma inteiramente contrária ao que prescreve a regra teoricamente afrontada (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª ed., volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 608-609; BARIONI, Rodrigo. Ação Rescisória e Recursos para os Tribunais Superiores, Coordenação Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106-107).

O acórdão hostilizado, de seu turno, possui a seguinte fundamentação (fls. 954-960):

“(…)

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, mediante o reconhecimento de atividade urbana, de natureza especial, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a reconhecer a atividade especial nos períodos de 22/10/1984 a 30/11/1990 e de 01/07/1994 a 05/03/1997 e a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, desde o requerimento administrativo, com correção monetária e juros de mora, observando-se a prescrição quinquenal, além do pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas devidas até a sentença. Por fim, determina a imediata implantação do benefício.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, sustentando a ausência dos requisitos legais para o cômputo dos auxílios-doença como tempo de serviço ou de contribuição.

Subsidiariamente, requer a alteração da sentença no tocante à correção monetária. Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

(...) Recebo o recurso de apelação, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

No caso concreto, verifica-se que a parte autora esteve em gozo do benefício previdenciário auxílio-doença nos períodos de 09/10/2006 a 20/11/2010 e de 29/04/2011 a 31/12/2011.

Entendo que os períodos em que a autora esteve em gozo do benefício previdenciário de auxílio-doença, devidamente intercalados com períodos de atividade, devem ser contados tanto para fins de tempo de contribuição como para carência, eis que o § 5º do art. 29 da Lei 8.213/91, assim dispõe:

'art. 29.

(...)

§ 5º. Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário -de-contribuição, no período. o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo."

Por sua vez, o art. 55, inciso II, da Lei 8.213/91, dispõe que:

'Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio -doença ou aposentadoria por invalidez;

(...)"

*Dessa forma, os períodos de auxílio-doença mencionados não podem ser computados como tempo de serviço ou contribuição para o benefício requerido, pois não são intercalados com períodos de atividade. Nesse sentido:*

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. PRECEDENTES.

1. Ação civil pública que tem como objetivo obrigar o INSS a computar, como período de carência, o tempo em que os segurados estão no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez,).

2. É possível considerar o período em que o segurado esteve no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) para fins de carência, desde que intercalados com períodos contributivos.

3. Se o período em que o segurado esteve no gozo de benefício por incapacidade é excepcionalmente considerado como tempo ficto de contribuição, não se justifica interpretar a norma de maneira distinta para fins de carência, desde que intercalado com atividade laborativa.

4. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 201101917601, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJEDATA.03/11/2014)

Por outro lado, o período em que a parte autora trabalhou com registro em CTPS (fis. 45/46 e 50/64) é suficiente para garantir-lhe o cumprimento do período de carência de 180 (cento e oitenta) meses de contribuição, na data do requerimento administrativo, nos termos do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

No presente caso, a parte autora faz jus ao recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição, benefício disciplinado pelo artigo 201, § 7º, da Constituição Federal e artigos 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, tendo em vista o preenchimento dos requisitos após a Emenda Constitucional nº 20/98.

Com efeito, computando-se a atividade especial nos períodos de 22/10/1984 a 30/11/1990 e 01/07/1994 a 05/03/1997, conforme reconhecido na sentença recorrida, com o tempo de serviço comum (fis. 45/46 e 50/64), o somatório do tempo de serviço da parte autora, na data da publicação da EC 20/98, é inferior a 30 (trinta) anos, totalizando 26 (vinte e seis) anos e 17 (dezessete) dias de tempo de serviço, de maneira que é aplicável ao caso dos autos a regra de transição prevista no artigo 9º da referida Emenda Constitucional, pois a parte autora não possuía direito adquirido ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço na data da sua publicação, em 16/12/1998.

Observo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, exige um acréscimo de tempo de serviço, que perfaz 31 (trinta e um) anos, 06 (seis) meses e 29 (vinte e nove) dias no presente caso.

De outra parte, incluindo-se o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, devidamente registrado em CTPS e o recolhimento de contribuição previdenciária, o somatório totaliza 31 (trinta e um) anos, 07 (sete) meses e 18 (dezoito) dias, na data do requerimento administrativo, restando cumprido o acréscimo do tempo de serviço (pedágio) exigido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Entretanto, na data do requerimento administrativo, a parte autora ainda não havia atingido a idade de 53 (cinquenta e três) anos, exigida pelo artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20/98.

A Lei Processual Civil pátria orienta-se no sentido de conferir a máxima efetividade ao processo e adequada prestação jurisdicional, com relevo também para a economia processual. Daí a possibilidade de se considerar quando se dá por preenchido o requisito legal do tempo de serviço.

Com isso, propicia-se à parte uma definição, mediante uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva, uma vez que os requisitos idade e tempo de serviço aperfeiçoaram-se no curso da demanda.

A propósito, quanto à implementação de todos os requisitos legais exigidos à concessão do benefício postulado no curso do processo, traz-se à colação trecho de ementa de aresto: 'Implementada a idade mínima para a concessão de aposentadoria por idade no curso da ação, concede-se esta na impossibilidade da concessão da aposentadoria por tempo de serviço.' (1ª Turma, AC 2001.03.99.004994-4, Rel. Juiz Walter do Amaral, j. 24.06.2002, DJU 21.10.2002, p. 302).

Visando à efetividade, o art. 493 do novo Código de Processo Civil ao tratar do fato superveniente, legitima o entendimento trazido à baila, devendo ser o mesmo considerado pelo juiz no momento da prolação da sentença.

*Assim, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, uma vez que cumpriu a regra de transição prevista no art. 9º da referida Emenda Constitucional, e comprovou o tempo de serviço*



*exigido, devendo ser observado o disposto nos artigos 53, inciso II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91, fixando-se, porém, o termo inicial do benefício em 06/02/20 14, data em que completou a idade exigida pela lei.*

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/20 17, ReI. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para excluir do somatório do tempo de serviço os períodos de auxílio-doença não intercalados com atividade de 09/10/2006 a 20/11/2010 e de 29/04/2011 a 31/12/2011 e conceder o benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço desde 06/02/2014, bem assim determinar a forma de incidência dos juros de mora, nos termos da fundamentação.

É o voto.” (g. n.)

A exclusão dos períodos em que a parte autora esteve em gozo de auxílio-doença não intercalados com interstícios de atividade encontram consonância com a jurisprudência acerca do assunto, a saber:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. RENDA MENSAL INICIAL. INCLUSÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-DOENÇA A QUE O FALECIDO FAZIA JUS NO PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO. ARTIGO 29, §5º, DA LEI 8.213/91. RE nº 583.834/SC. PERÍODO DE AFASTAMENTO NÃO INTERCALADO COM EFETIVA CONTRIBUIÇÃO. ART. 75 DA LEI DE BENEFÍCIOS. RENDA MENSAL INICIAL APURADA CORRETAMENTE. REVISÃO INDEVIDA. CONDENÇÃO DA PARTE AUTORA NO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO SUSPENSO. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. PLEITO REVISIONAL IMPROCEDENTE. APELAÇÃO DO INSS PREJUDICADA.

1 - Pretende a parte autora a revisão do benefício de pensão por morte de sua titularidade, mediante a inclusão do auxílio-doença, relativo ao período de 16/07/2004 a 08/10/2004, a que o falecido fazia jus, e o pagamento das prestações decorrentes do referido benefício.

2 - Tendo em vista a devolutividade da matéria a este E. Tribunal (balizada pelos temas que foram ventilados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em seu apelo), passa-se a apreciar tão somente o pleito de consideração, no período básico de cálculo, do auxílio-doença a que o falecido faria jus.

3 - A r. sentença julgou procedente o pedido inicial, determinando o recálculo do benefício com a inclusão do valor devido a título de aposentadoria por invalidez a que o de cujus teria direito desde 23/07/2004.

4 - O § 5º, do artigo 29, da Lei nº 8.213/91, estabeleceu que “Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo”.

5 - Exegese do art. 29, §5º, da Lei nº 8.213/91, conforme esclarecido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 583.834/SC, em sede de repercussão geral: hipótese de intercalação entre os períodos de afastamento e de atividade, com efetiva contribuição.

6 - Conforme restou demonstrado nos autos, através da perícia médica indireta (fls. 97/99), o Sr. José da Silva Sobrinho estava totalmente e definitivamente incapaz desde 08/06/2004, tendo a r. sentença reconhecido o direito ao cômputo do benefício por incapacidade desde a data do requerimento administrativo formulado pela empregadora (23/07/2004).

7 - Contudo, tendo em vista que o segurado não voltou a laborar após a referida data e antes do passamento, ocorrido em 09/10/2004, inexistem contribuições intercaladas para o RGPS, de modo que não subsiste a pretensão de inclusão dos valores devidos no cálculo da renda mensal inicial da pensão por morte.

8 - Insta esclarecer que o cálculo dos benefícios previdenciários deve seguir as normas vigentes à época em que preenchidos os requisitos à sua concessão.

9 - Conforme carta de concessão/memória de cálculo de fls. 17/18, o benefício da demandante correspondeu a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria por invalidez a que teria direito o segurado, nos termos do art. 75 da Lei de Benefícios, sendo considerados, no período básico de cálculo, os salários-de-contribuição de 08/1994 a 06/2004, inexistindo, portanto, qualquer equívoco na apuração da renda mensal inicial.

10 - Condenação da parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como nos honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, ficando a exigibilidade suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto nos arts. 11, §2º, e 12, ambos da Lei nº 1.060/50, reproduzidos pelo §3º do art. 98 do CPC.

11 - Remessa necessária provida. Apelação do INSS prejudicada." (TRF – 3ª Região, Sétima Turma, ApelRemNec 0002344-63.2007.4.03.6183, rel. Des. Fed. Carlos Delgado, v. u., e-DJF3 08/08/2019)

**"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CTC. INCLUSÃO DE INTERREGNOS EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA, INTERCALADOS COM CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE.**

- Ante a existência de contribuição previdenciária após o gozo de auxílio-doença, de rigor sua inclusão como tempo de contribuição na CTC emitida.

- Os períodos de auxílio-doença devem ser computados como tempo de serviço, caso intercalados com períodos de atividade laborativa, conforme se depreende do inciso II, do artigo 55, da Lei nº 8.213/91 e do inciso III, artigo 60, do Decreto nº 3.048/99 - Remessa oficial não provida." (TRF – 3ª Região, 9ª Turma, RemNecCiv 5005606-22.2020.4.03.6104, rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, v. u., Intimação via sistema 22/03/2022)

No C. Superior Tribunal de Justiça, encontramos o precedente infra, de 2014:

**"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITO ETÁRIO PREENCHIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 8.213/91. DESCABIMENTO. CÔMPUTO DO TEMPO PARA FINS DE CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO EM PERÍODO INTERCALADO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.**

1. A Lei 8.213/91 não contemplou a conversão de aposentadoria por invalidez em aposentadoria por idade.

2. É possível a consideração dos períodos em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez como carência para a concessão

de aposentadoria por idade, se intercalados com períodos contributivos.

3. Na hipótese dos autos, como não houve retorno do segurado ao exercício de atividade remunerada, não é possível a utilização do tempo respectivo.

4. Recurso especial não provido." (STJ, Segunda Turma, REsp 1.422.081/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, v. u., DJe 02/05/2014)

Para além, o pronunciamento judicial objurgado afigura-se de acordo com o quanto decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no RE 1.298.832, publicado aos 25/02/2021, tema 1125: "É constitucional o cômputo, para fins de carência, do período no qual o segurado esteve em gozo do benefício de auxílio-doença, desde que intercalado com atividade laborativa."

O fato de ter recolhido uma contribuição, na condição de segurado facultativo, em 03/2012, consoante informado pela autarquia federal na contestação da "actio rescisória", a nós não convence para fins de considerar satisfeito os "períodos contributivos" exigidos.

Sobre a alegação de que "Sendo interpelando recurso de Apelação pelo requerido e prolatado acórdão, revogando o período incluído do auxílio-doença, refazendo o cálculo de sua aposentadoria por tempo de contribuição de 36 anos, 05 meses e 3 dias, para aposentadoria proporcional contabilizando 31 anos de contribuição, alterando radicalmente o benefício do autor de R\$ 1.692,28 para 1.225,49 e cancelando o benefício vitalício de auxílio-acidente que não era objeto dos autos, alegando que o mesmo não poderia receber dois benefícios previdenciários, no entanto a concessão do seu benefício foi anterior à Lei de portanto, resta demonstrado o direito adquirido do segurado em manter o seu benefício de auxílio-acidente conforme concessão legal, em razão de seu benefício ser concedido desde 01/11/1997", não consta da provisão da 10ª Turma tenha-o feito. (g. n.)

Não obstante, "ad argumentandum tantum", o C. Superior Tribunal de Justiça, ao deliberar sobre o assunto, fixou tese de que (tema 555):

"A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, apta a gerar o direito ao auxílio-acidente, e a concessão da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991, promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997."

Quanto à devolução de valores, igualmente não há determinação, no julgado rescindendo, para tanto.

Entretanto, mais uma vez a título explanatório, a nós não nos parece factível, consoante assente jurisprudência deste E. Regional:

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE. AGRAVAMENTO DO QUADRO DE SAÚDE. CAUSA DE PEDIR DIVERSA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO.

(...)

8. Por fim, esta E. Terceira Seção firmou o posicionamento no sentido de que os valores eventualmente percebidos de boa-fé por força de decisão judicial transitada

em julgado, por possuírem natureza alimentar, não são passíveis de restituição, razão por que o correspondente pleito, formulado pela parte autora, fica desde já afastado.

9. Pedido rescindendo parcialmente procedente e pedido de devolução de parcelas improcedente." (AR 5014744-94.2017.4.03.0000, rel. Juíza Fed. Conv. Leila Paiva, m. v., e-DJF3 28/10/2020)

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. PENSÃO POR MORTE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC/1973. OCORRÊNCIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ANULAÇÃO DA AÇÃO SUBJACENTE. DEVOUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR DECISÃO JUDICIAL. DESCABIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

(...)

3. Tendo em vista o caráter alimentar e social do benefício previdenciário, assim como a boa-fé da parte ré, revela-se incabível a devolução dos valores percebidos por força de decisão judicial. Precedentes.

(...)

6. Matéria preliminar rejeitada. Procedência parcial do pedido formulado em ação rescisória para, em juízo rescindendo, desconstituir a r. decisão monocrática proferida no processo n. 0024709-36.2012.403.9999, com fundamento no art. 966, inc. V, do CPC/2015 e, em juízo rescisório, julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de que o benefício de pensão por morte NB 21/167.609.238-0 seja rateado entre Janser Gabriel Tavares da Costa, representado por sua mãe Rosely da Silva Tavares, e Josélia Quine Torres Costa, de acordo com a fundamentação supra." (AR 0009304-42.2016.4.03.0000, rel. Des. Fed. Nelson Porfírio, m. v., e-DJF3 24/08/2020)

"AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO CARACTERIZADO. AUXÍLIO-ACIDENTE. CÔMPUTO COMO TEMPO DE SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO NECESSÁRIO.

(...)

6. Com relação ao pedido de devolução de quantias, o entendimento predominante nesta Corte é no sentido da não devolução dos valores pagos a título de decisão judicial rescindida porque tais valores foram recebidos de boa-fé, possuem natureza alimentar e, principalmente, porque fundada em

7. Ação rescisória julgada parcialmente procedente, para desconstituir parcialmente o julgado para excluir os períodos em que houve o recebimento de auxílio-acidente, sem exercício de atividade remunerada, mantidos os períodos especiais reconhecidos e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço." (AR 5001149-91.2018.4.03.0000, rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, v. u., e-DJF3 03/07/2020)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, IV, DO CPC. AUXÍLIO DOENÇA. OFENSA À COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO ORIGINÁRIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, V, DO CPC. IRREPETIBILIDADE DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ PELO SEGURADO.

(...)

4. Configurado o vício do Art. 966, IV, do CPC, impõe-se a rescisão do julgado.

5. Em novo julgamento da causa, deve ser extinto o processo subjacente, sem resolução do mérito, nos termos do Art. 485, V, do CPC.

6. Restou pacificado pelo e. Supremo Tribunal Federal ser desnecessária a restituição dos valores recebidos de boa fé, devido ao seu caráter alimentar, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

7. Pedido de rescisão do julgado procedente, com extinção do processo originário, sem resolução do mérito." (AR 5000119-55.2017.4.03.0000, rel. Des. Fed. Baptista Pereira, v. u., e-DJF3 10/06/2020)

Por conseguinte, não vislumbramos tenha o ato decisório afrontado disposição de lei, "ex vi" do art. 966, inc. V, do "Codex" de Processo Civil de 2015.

### 3 - DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória. Condenada a parte autora em honorários advocatícios de R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), devendo ser observado, porém, o art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, inclusive no que concerne às custas e despesas processuais.

É o voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5035791-27.2022.4.03.9999**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelada: APARECIDA GOMES DE MEDEIROS  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEILA PAIVA  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2022

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. SEGURO-DESEMPREGO. PESCADOR PROFISSIONAL ARTESANAL. PERÍODO DE DEFESO. REQUISITOS.

1. O seguro defeso ou seguro-desemprego, concedido ao pescador profissional que exerça sua atividade ininterruptamente, de forma artesanal, individual ou em regime de economia familiar, está previsto na Lei n. 10.779, de 25/11/2003, e nos Decretos n. 8.424/1015 e 8.425/2015.
2. É garantida uma renda temporária no valor de 1 (um) salário mínimo mensal, não podendo exceder a 5 (cinco) parcelas, durante o período de defeso.
3. O conjunto probatório é hábil a demonstrar que a autora comprovou todos os requisitos necessários à concessão do seguro defeso.
4. Recurso não provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso do INSS e, de ofício, fixar os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

*A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):*

Trata-se de apelação apresentada pelo *Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)* em demanda previdenciária ajuizada por *Aparecida Gomes de Medeiros*, objetivando a concessão do seguro defeso.

A autora alega ser pescadora artesanal, razão pela qual requereu junto ao INSS a concessão do seguro defeso pertinente ao ano de 2016, tendo sido indeferido por ter entendido que a autora não fez prova da condição de segurada especial, além de possuir outra fonte de renda diversa da pesca, notadamente a titularidade de microempresa.

A r. sentença julgou procedente a presente demanda, nos seguintes termos (ID 253153092):

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar a



implantação do benefício seguro desemprego em favor da parte autora, incluindo o pagamento das prestações vencidas e não pagas referentes ao ano de 2016. Incabível a concessão de antecipação de tutela, pois o processo trata do recebimento de prestações pretéritas.

O valor das parcelas vencidas deve sofrer correção monetária desde a data em que deveriam ter sido pagas. Os juros de mora correm desde a citação (STJ, REsp nº 1.112.114, sob o rito do artigo 1.036 do CPC, tema 23) e, para as parcelas supervenientes à citação, desde o respectivo vencimento. Diante do decidido pelo STF, na ADI 4357-DF, e pelo STJ no REsp 1.495.146-MG (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2018 - recurso repetitivo), "as condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei nº 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei nº 8.213/91. Quanto aos juros de mora, no período posterior à vigência da Lei nº 11.960/2009, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança". Caso se trate de benefício assistência, deve-se utilizar o IPCA-E para correção monetária (STF, 870947/SE), mantidos os juros da caderneta de poupança.

Condeno o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios da parte adversa, arbitrados equitativamente em 10% do valor da condenação, abrangidas para este fim as prestações vencidas até a data desta sentença, nos termos da Súmula 111, do STJ, atualizáveis a partir da publicação desta. Deixo de condenar ao pagamento de custas processuais, por força de lei. Considerando que o benefício em questão é devido à base de um salário mínimo ao mês e que, considerada a prescrição quinquenal, o valor da condenação é, em muito, inferior ao limite de 1.000 salários mínimos previsto no artigo 496, § 3º, I, do CPC, deixo de determinar a remessa necessária dos autos.

Em síntese, defende o INSS a ocorrência da decadência, pois o requerimento administrativo foi apresentado após 120 dias do fechamento da pesca na região, bem como que a autora não logrou êxito na demonstração da sua condição de pescadora profissional artesanal. Aponta ofensa aos artigos 2º, inciso XIX, 3º, inciso IV e § 1º, além do artigo 6º, todos da Lei n. 11.959/2009, "e", e artigo 27, § 6º, I da Lei n. 10.683/2003.

Prequestiona a matéria para fins de futura interposição de recurso às instâncias superiores e requer, ao final, provimento integral de seu recurso com a inversão do ônus da sucumbência.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte Regional.

É o relatório.

## **VOTO**

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

O recurso de apelação preenche os requisitos de admissibilidade e merece ser conhecido.

Do seguro defeso ou seguro-desemprego do pescador artesanal

O seguro defeso ou seguro-desemprego concedido ao pescador profissional que exerça sua atividade ininterruptamente, de forma artesanal, individual ou em

regime de economia familiar, está previsto na Lei n. 10.779, de 25/11/2003, e nos Decretos n. 8.424 e 8.425, ambos de 31/03/2015.

A definição de pescador artesanal está contida no artigo 111 da Instrução Normativa Pres/INSS n. 128, de 28/03/2022, que assim dispõe:

Art. 111. Pescador artesanal ou a este assemelhado será considerado segurado especial desde que exerça a atividade individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, fazendo da pesca sua profissão habitual ou principal meio de vida, devendo ser observado o seguinte:

I - pescador artesanal é aquele que:

a) não utiliza embarcação; ou

b) utilize embarcação de pequeno porte, nos termos da Lei nº 11.959, de 2009;

II - é assemelhado ao pescador artesanal aquele que realiza atividade de apoio à pesca artesanal exercendo as atividades:

a) de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca;

b) de reparos em embarcações de pequeno porte; ou

c) atuando no processamento do produto da pesca artesanal, nos termos do inciso XI do art. 2º da Lei nº 11.959, de 2009;

III - são considerados pescadores artesanais, também, os mariscadores, caranguejeiros, catadores de algas, observadores de cardumes, entre outros que exerçam as atividades de forma similar, qualquer que seja a denominação empregada.

Por sua vez, a Lei n. 10.779, de 25/11/1993, consoante as alterações da Lei n. 13.134, de 16/06/2015, prevê o seguinte:

Art. 1º O pescador artesanal de que tratam a alínea "b" do inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a alínea "b" do inciso VII do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que exerça sua atividade profissional ininterruptamente, de forma artesanal e individualmente ou em regime de economia familiar, fará jus ao benefício do seguro-desemprego, no valor de 1 (um) salário-mínimo mensal, durante o período de defeso de atividade pesqueira para a preservação da espécie. (Redação dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 1º Considera-se profissão habitual ou principal meio de vida a atividade exercida durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso, ou nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do defeso em curso, o que for menor. (Redação dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 2º O período de defeso de atividade pesqueira é o fixado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em relação à espécie marinha, fluvial ou lacustre a cuja captura o pescador se dedique.

§ 3º Considera-se ininterrupta a atividade exercida durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso, ou nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do defeso em curso, o que for menor. (Incluído dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 4º Somente terá direito ao seguro-desemprego o segurado especial pescador artesanal que não disponha de outra fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira. (Incluído dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 5º O pescador profissional artesanal não fará jus, no mesmo ano, a mais de um benefício de seguro-desemprego decorrente de defesos relativos a espécies distintas. (Incluído dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 6º A concessão do benefício não será extensível às atividades de apoio à pesca nem aos familiares do pescador profissional que não satisfaçam os requisitos e as condições estabelecidos nesta Lei. (Incluído dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 7º O benefício do seguro-desemprego é pessoal e intransferível. (Incluído dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 8º O período de recebimento do benefício não poderá exceder o limite máximo variável de que trata o *caput* do art. 4º da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, ressalvado o disposto nos §§ 4º e 5º do referido artigo. (Incluído dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

Depreende-se que é garantida uma renda temporária no valor de 1 (um) salário mínimo mensal, não podendo exceder a 5 (cinco) parcelas, durante o período de defeso, qual seja *"a paralisação temporária da pesca para preservação da espécie, tendo como motivação a reprodução e/ou recrutamento, bem como paralisações causadas por fenômenos naturais ou acidentes"*, na forma do artigo 2º, XIX, da Lei n. 11.959/2009.

Entende-se por atividade habitual e ininterrupta a exercida durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso, ou nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do defeso em curso, o que for menor.

O pescador profissional não fará jus, no mesmo ano, a mais de um benefício de seguro-desemprego decorrente de defesos relativos a espécies distintas, considerando-se que para recebê-lo é necessário que ele não possua outra fonte de renda.

Outrossim, nos termos do artigo 2º, § 3º, da Lei n. 10.779, de 25/11/2003, o pescador deverá comprovar o pagamento da contribuição previdenciária nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício ou desde o último período de defeso até o requerimento do benefício, o que for menor.

Por fim, consoante ao artigo 2º, § 1º, da Lei n. 10.779, de 25/11/2003, para fazer *jus* ao benefício, o pescador não poderá estar em gozo de nenhum benefício decorrente de benefício previdenciário ou assistencial de natureza continuada, exceto pensão por morte e auxílio-acidente.

#### *Da prova da pesca artesanal*

A documentação necessária para o pescador artesanal habilitar-se ao seguro-desemprego está prevista no artigo 2º, § 2º, da Lei n. 10.779, de 25/11/2003, *in verbis*:

Art. 2º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) receber e processar os requerimentos e habilitar os beneficiários, nos termos do regulamento. (Redação dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

(..)

§ 2º Para se habilitar ao benefício, o pescador deverá apresentar ao INSS os seguintes documentos: (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

I - registro como pescador profissional, categoria artesanal, devidamente atualizado no Registro Geral da Atividade Pesqueira (RGP), emitido pelo Ministério da Pesca e Aquicultura com antecedência mínima de 1 (um) ano, contado da data de requerimento do benefício; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

II - cópia do documento fiscal de venda do pescado a empresa adquirente, consumidora ou consignatária da produção, em que conste, além do registro da operação realizada, o valor da respectiva contribuição previdenciária de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ou comprovante de recolhimento da contribuição previdenciária, caso tenha comercializado sua produção a pessoa física; e (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

III - outros estabelecidos em ato do Ministério da Previdência Social que comprovem: (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

a) o exercício da profissão, na forma do art. 1º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

b) que se dedicou à pesca durante o período definido no § 3º do art. 1º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

c) que não dispõe de outra fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

#### Dos critérios de pagamento

A Resolução CODEFAT n. 759, de 09/03/2016, estabelece os critérios de pagamento do seguro-desemprego ao pescador artesanal, determinado que o pagamento da primeira parcela corresponderá aos primeiros trinta dias a contar do início do defeso e as parcelas subsequentes, a cada trinta dias de intervalo, sendo que ele fará jus ao pagamento integral das parcelas subsequentes para cada mês, por fração igual ou superior a 15 (quinze) dias do defeso (artigo 1º, §§ 2º e 3º). Confira-se a redação do artigo:

Art. 1º Estabelecer critérios de pagamento do benefício Seguro-Desemprego ao pescador artesanal de que trata o art. 1º da Lei nº 10.779/2003, que se dedicou à pesca durante o período compreendido entre o término do defeso anterior e o início do defeso em curso, desde que da mesma espécie, a ser pago no valor de um salário mínimo mensal durante o período do defeso

(...)

§ 2º O pagamento da primeira parcela corresponderá aos primeiros trinta dias a contar do início do defeso e, as parcelas subsequentes, a cada intervalo de 30 dias.

§ 3º O pescador fará jus ao pagamento integral das parcelas subsequentes para cada mês, por fração igual ou superior a 15 (quinze) dias do defeso.

#### Do prazo para requerimento

O artigo 4º do Decreto n. 8.424, de 31/03/2015, estabelece o prazo para o pescador profissional artesanal requerer o seguro desemprego, *in verbis*:

Art. 4º O prazo para requerer o benefício do seguro-desemprego do pescador profissional artesanal se iniciará trinta dias antes da data de início do período de defeso e terminará no último dia do referido período.

Parágrafo único. Desde que requerido dentro do prazo previsto no caput, o pagamento do benefício será devido desde o início do período de defeso, independentemente da data do requerimento.

#### Do caso dos autos

Inicialmente afasto a alegação de decadência, porquanto a autora almeja o recebimento do seguro defeso para o ano de 2016, em relação à proibição

da pesca no período de 01/11 a 28/02, sendo que o benefício foi requerido em 07/11/2016 (ID 253153036).

No que tange à prova da atividade pesqueira, a autora acostou a carteira de pescadora artesanal (ID 253153039 -p. 1), a carteira da colônia de pescadores (ID 253153039 -p. 2) e as guias de recolhimentos previdenciário de 03/2016 a 07/2016 (ID 253153040) e de 03/2017 a 06/2017 (ID 253153041).

E realizada a prova oral, foram ouvidas duas testemunhas, firmes e coesas ao asseverarem que a autora exerce habitualmente a atividade pesqueira, bem como que sempre recebeu o seguro-desemprego no período do defeso, exceto no ano de 2016.

Nessa toada, o Sr. Valdinei, que conhece a autora da pescaria há 20 (vinte) anos, afirmou que *"...Sem ser os 4 meses do defeso, a autora pescou em 2016..."*, ao passo que a Sra. Vanilda, também conhecida da autora há 20 (vinte) anos, confirmou que *"...No período de defeso a autora não exerceu nenhuma atividade. Fora do período de defeso a autor continuou realizando a atividade pesqueira em 2016."*

Desse modo, o conjunto probatório é hábil a demonstrar que a autora preencheu todos os requisitos necessários à concessão do seguro defeso, razão pela qual não há como agasalhar as razões recursais do INSS, devendo ser mantida a r. sentença guerreada.

Quanto ao eventual prequestionamento suscitado, assinalo não haver qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Dos consectários legais

A correção monetária e os juros de mora incidirão conforme a legislação de regência, observando-se os critérios preconizados pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Ainda quanto aos juros, destaque-se que são devidos até a data da expedição do ofício precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV), conforme o Tema 96/STF, cristalizado pelo C. STF no julgamento do RE n. 579.431, observando-se, a partir de então, o teor da Súmula Vinculante 17/STF.

*Dos honorários advocatícios*

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios fixados na r. sentença em 2% (dois pontos percentuais), observadas as normas do artigo 85, §§ 3º, 5º e 11, do CPC.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação do INSS, fixando-se, de ofício, os consectários legais.

É o voto.

# **Direito Processual Civil**







## **AGRAVO DE INSTRUMENTO** **0002198-92.2017.4.03.0000**

Agravante: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Agravada: PETECOLOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/11/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA O REDIRECIONAMENTO. VERIFICAÇÃO. RESP ACÓRDÃO RETRATADO E, DE OFÍCIO, RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO PARA INCLUIR O RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. PREJUDICADO O RECURSO.

- Em decisão publicada no DJe em 12/12/2019, a Primeira Seção do STJ, quando do julgamento do REsp 1201993/SP, em regime de representativo de controvérsia, alterou seu entendimento acerca da matéria ora debatida e firmou a seguinte tese (REsp 1201993/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 12/12/2019): (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). *O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco*, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - *fraude à execução*), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustró que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

- Constatado o transcurso do prazo, é de se reconhecer a extinção do direito de requerer a inclusão do responsável tributário.
- Acórdão retratado e, com base no precedente vinculativo, de ofício, reconhecida a prescrição do pedido de inclusão do espólio de Gilberto Romero Rubio, prejudicado o agravo de instrumento interposto.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu para que se retrate do acórdão (id 260364883 - pág. 269/275) e, em reapreciação do feito, de ofício, reconhecer a prescrição do pedido de inclusão do espólio de Gilberto Romero Rubio, prejudicado o agravo de instrumento interposto, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram a Des. Fed. MARLI FERREIRA e a Des. Fed. MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de devolução de autos à turma julgadora para juízo de retratação, nos termos do inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, à vista de o acórdão não se amoldar à orientação do Recurso Especial nº 1.201.993/SP, representativo da controvérsia, na medida em que, de ofício, reconheceu a prescrição para requerer o redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa, e julgou prejudicado o agravo de instrumento cujo objeto era incluir o espólio do sócio falecido no polo passivo da execução fiscal.

*É o relatório.*

## **VOTO**

Agravo de instrumento interposto pela UNIAO FEDERAL contra decisão que, em sede de execução fiscal, que indeferiu a inclusão do espólio do sócio da empresa executada (id. 260364883 - pág. 181).

De ofício, esta Turma julgadora reconheceu-se a prescrição para o redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa (id 260364883 - pág. 269/275). Apresentado recurso especial (id 260364361 - págs. 21/30), a Vice-Presidência desta corte determinou a devolução dos autos a este órgão na forma do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que o acórdão não se amolda à orientação do Superior Tribunal de Justiça, exarada no Recurso Especial nº 1.201.993/SP, representativo da controvérsia (id cit. - pág. 42).

Acerca do termo inicial para o redirecionamento da execução fiscal ao administrador, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.201.993/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 1.036 do CPC (antigo 543-C do Código de Processo Civil/73), pacificou o seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica. (...)

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controversa, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular). 11. De outro lado, *se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ* ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005. 13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública. (...)

18. Recurso Especial provido.

(REsp 1201993/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 12/12/2019)

No caso dos autos, após a regular citação e penhora dos bens da empresa executada, quando da constatação e reavaliação dos bens constritos, o oficial de

justiça verificou que a empresa executada não ocupava mais sua sede empresarial em 26.11.2008 (id 260364883 - pág. 66), nem foram localizados o patrimônio objeto de garantia ao juízo. Logo, quando do requerimento formulado no dia 14.07.2015, seja em razão da dissolução irregular como eventual falha na obrigação de depositário, houve transcurso do prazo prescricional para requerer a inclusão do responsável tributário nos moldes do artigo 135, III, do CTN. Por fim, cumpre consignar que, conforme expressamente declinado no precedente vinculativo, basta o mero decurso do prazo a contar do marco inicial, independentemente da paralisação absoluta do feito e, *in casu*, não se afere a aplicação da Súmula 106 do STJ, pois a ação teve marcha processual regular durante esse interregno, sem nenhuma demora hábil a justificar o atraso no pedido.

Ante o exposto, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, *voto para que se retrate do acórdão (id 260364883 - pág. 269/275) e, em reapreciação do feito, de ofício, reconheço a prescrição do pedido de inclusão do espólio de Gilberto Romero Rubio, prejudicado o agravo de instrumento interposto.*

*É como voto.*

## **AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL** **5001244-64.2018.4.03.6130**

Apelante: ANTONIO JESUS DE CASTRO  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO – VICE PRESIDÊNCIA  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 07/11/2022

### **EMENTA**

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DE SOBRESTAMENTO (ART. 1.030, III DO CPC). TESE APRESENTADA A SER DECIDIDA COMO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 1.036, § 1º, do CPC. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - A existência de controvérsia de caráter repetitivo afeta à sistemática do art. 1.036 do CPC e ainda não decidida pelo Superior Tribunal de Justiça impõe o sobrestamento do feito, consoante a imperativa disposição do art. 1.030, III, do CPC, mais não cabendo senão suspender a marcha processual, até que se ultime o julgamento do recurso representativo da controvérsia.

II - O juízo de admissibilidade de recurso extraordinário ou especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

III - Agravo interno improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente ANTONIO CEDENHO (Relator). Votaram os Desembargadores Federais LUIZ STEFANINI, NINO TOLDO, CONSUELO YOSHIDA (convocada para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, MAIRAN MAIA, CARLOS MUTA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY e CARLOS DELGADO. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, NERY JUNIOR, INÊS VIRGÍNIA e VALDECI DOS SANTOS. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo interno interposto pela parte autora contra decisão desta Vice-Presidência que, com fundamento no art. 1.030, III do CPC, determinou a



suspensão do trâmite dos autos, até ulterior definição acerca da matéria tratada nos Recursos Especiais 1.894.637/ES, 1.904.561/SP, 1.904.567/SP, 1.905.830/SP e 1.912.784/SP (Tema 1124 STJ).

Em suas razões recursais a agravante alega, em síntese, que “houve sim a juntada de todos os documentos antecessores a ação no decorrer do pedido de revisão Administrativa”.

Postula o provimento do agravo interno, com o acolhimento do “distinguishing” e prosseguimento do feito.

A parte recorrida foi intimada, nos termos do art. 1.021, § 2º, do CPC, para o oferecimento de resposta.

É o relatório.

### **VOTO**

A decisão de sobrestamento determinada por esta Vice-Presidência atende ao comando esculpido no art. 1.036, §1º, do CPC, cuja dicção é a seguinte:

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.

A questão apresentada a ser decidida como representativo de controvérsia (Recursos Especiais 1.894.637/ES, 1.904.561/SP, 1.904.567/SP, 1.905.830/SP e 1.912.784/SP, *Tema 1124/STJ*) diz respeito à violação aos arts. 35, 37, 41-A, 57 e 58 da Lei n. 8.213/91; art. 240 do CPC; art. 3º da LINDB; e art. 396 do Código Civil, ao entendimento de que os efeitos financeiros da concessão judicial do benefício previdenciário não poderiam retroagir à data do requerimento administrativo (DER), devendo ser fixados na citação do INSS (CPC, art. 240) ou na data da apresentação judicial da documentação necessária para a concessão da benesse, segunda linha argumentativa desenvolvida pelo INSS nos processos acima mencionados.

Assim, os recursos paradigmáticos abrangem questões debatidas no feito, sendo, portanto, irretocável a decisão de sobrestamento.

A existência de controvérsia de caráter repetitivo afeta à sistemática do art. 1.036, §1º, do CPC e ainda não decidida pelo Superior Tribunal de Justiça impõe o sobrestamento do feito, consoante a imperativa disposição do art. 1.030, III do CPC, mais não cabendo a esta Vice-Presidência senão suspender a marcha processual, até que se ultime o julgamento do recurso representativo da controvérsia.

Nessa ordem de ideais, o prosseguimento do feito em relação aos recursos excepcionais interpostos é incompatível com a fisiologia do microssistema processual de precedente obrigatório, em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Importa anotar, ainda, que o juízo de admissibilidade de recurso extraordinário ou especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, deve ser suspensa a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Por fim, a apreciação da alegação da recorrente no sentido de que “houve sim a juntada de todos os documentos antecessores a ação no decorrer do pedido de revisão Administrativa”(ID 257795049) demandaria exame de fatos e provas, providência obstada pela Súmula 7 do STJ.

Em face do exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

### **5014260-74.2020.4.03.0000**

Agravantes: MAYARA RAMOS VALOSSI, ALEXANDRE RAMOS DA SILVA FILHO

Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator para Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/11/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IRDR. SUSPENSÃO DO IDPJ SEM PREJUÍZO DA ANÁLISE DA QUESTÃO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO.

1. Na sessão de julgamento de 08/02/2017, o Órgão Especial desse TRF admitiu a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas- IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 para dirimir a questão acerca da possibilidade do redirecionamento da execução da pessoa jurídica para os sócios nos próprios autos da execução fiscal ou da necessária instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (IDPJ).

2. Em acórdão prolatado no mencionado IRDR, na sessão de julgamento de 10/02/2021, firmou-se a seguinte tese: "Não cabe instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados".

3. Considerando que em face de tal v. aresto foram interpostos Recurso Especial e Recurso Extraordinário, *sendo admitido o recurso especial da União (Fazenda Nacional) por decisão da Vice-Presidência desta Corte de 05.11.2021*, a suspensão processual dos IDPJ's em trâmite na JF deverá cessar somente após o julgamento dos citados recursos nas Cortes Superiores, com fulcro no §5º do artigo 932 do CPC/2015.

4. A tese jurídica consolidada no IRDR somente terá efeito vinculante caso confirmada pelos Tribunais Superiores nos julgamentos do recurso especial, *dotado de efeito suspensivo*.

5. Não há prejuízo do prosseguimento da execução fiscal, com a análise do pedido de redirecionamento da execução aos sócios nos próprios autos da execução, garantido o direito de defesa aos demandados mediante

oposição de embargos à execução ou exceção de pré-executividade, sendo desnecessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ).

6. Agravo provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. Paulo Domingues, acompanhado pelo voto do Des. Fed. Mairan Maia, vencido o Relator, que lhe negava provimento. Lavrará o acórdão o Des. Fed. Paulo Domingues, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face de decisão monocrática que, nos termos do art. 932 do CPC, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, a fim de afastar por ora o redirecionamento da execução fiscal em relação aos sócios agravantes, até eventual instauração e provimento do IDPJ (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 0017610-97.2016.4.03.0000/SP - IRDR N. 1 do TRF3). Por conseguinte, julgou prejudicado o agravo interno interposto em face da decisão liminar.

Alega a parte agravante, em síntese, que “o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico de que, nos casos de responsabilidade por dissolução irregular, é desnecessária a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica” (AgInt no REsp n. 1.831.059/PR), e “em desconformidade com o entendimento do órgão colegiado” (AI n. 5026826- 21.2021.4.03.0000).

A parte agravada apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

### **VOTO**

O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto por MAYARA RAMOS DA SILVA e OUTRO em face de decisão que, em execução fiscal, deferiu o redirecionamento da execução fiscal sem necessidade de instauração de IDPJ.

Narra a parte agravante que a ação foi inicialmente proposta em face da Editora Ramos da Silva Ltda.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que a r. decisão merece reforma, para afastar o redirecionamento da execução fiscal, ou, a suspensão do redirecionamento de execução para os sócios, por ser imprescindível a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (“IDPJ”).

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo para suspender a decisão impugnada, a fim de afastar por ora o redirecionamento da execução fiscal em relação à parte agravante, até eventual instauração e provimento do IDPJ.

Em face dessa decisão, a parte agravada interpôs agravo interno.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

*Decido.*

De início, verifica-se que a inclusão da parte agravante deu-se depois de iniciada a execução, ou seja, não consta o seu nome na CDA como codevedora (id. N. 133449559) e a responsabilidade tributária da agravante foi firmada com base no artigo 135, III, do CTN, diante da dissolução irregular da sociedade.

Num breve resumo, prevê o Código Tributário Nacional a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa quando figura: como sucessor do contribuinte (arts. 131 a 133), quando responsável ex legis (art. 134) e por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135). É o caso de aplicar-se o novo instituto do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, de acordo com o atual Código de Processo Civil, cabível para verificação se no caso concreto estão preenchidos os requisitos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

A respeito da aplicação do IDPJ às execuções fiscais, a União Federal sempre sustentou a incompatibilidade absoluta do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica com as execuções fiscais; por isso, requereu a instauração de IRDR diante do volume de processos que necessitavam de uniformização de entendimento.

A instauração do IRDR está previsto no art. 976 do novo CPC 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.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 0017610-97.2016.4.03.0000/SP (IRDR N. 1 do TRF3) foi admitido pelo Órgão Especial dessa Corte para exame da questão controvertida de direito processual: "o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica".

Em 10/02/2021, o Órgão Especial dessa Corte concluiu o julgamento do IRDR, assim definindo a questão:

"Antes de iniciada a coleta dos votos faltantes, as Desembargadoras Federais DIVA MALERBI e MARLI FERREIRA pronunciaram-se no sentido de se sentirem esclarecidas para votar no presente julgamento, oportunidade em que o Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Presidente) submeteu ao colegiado a questão sobre a aplicabilidade do art. 145, § 3º, do RITRF3 ao presente caso, sendo assim deliberado: O Órgão Especial, por maioria, entendeu pela não aplicabilidade do art. 145, § 3º, do RITRF3 ao presente caso, nos termos do voto do Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator), no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANTONIO CEDENHO (convocado para compor quórum) e DIVA MALERBI. Vencidos os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, ANDRÉ NEKATSCHALOW e HÉLIO NOGUEIRA. Prosseguindo no julgamento, após o voto do Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (convocado para compor

quórum), acompanhando a divergência inaugurada pelo Desembargador Federal WILSON ZAUHY; os votos dos Desembargadores Federais HÉLIO NOGUEIRA, DIVA MALERBI e MARLI FERREIRA, acompanhando o relator; e o voto retificador da Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, acompanhando a divergência inaugurada pelo Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, foi proclamado o seguinte resultado: "O Órgão Especial, considerada a composição dos votos convergentes para a prevalência da posição intermediária apresentada pelo Desembargador Federal WILSON ZAUHY, acolheu parcialmente o pedido, para fixar a seguinte tese jurídica: 'Não cabe instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados". Os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, SOUZA RIBEIRO, LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), NERY JÚNIOR e CONSUELO YOSHIDA (em retificação de voto), fixavam a tese de aplicação de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para todos os casos em que haja responsabilidade tributária de terceiros (exemplificativamente artigos 124, 133 e 135 do CTN). Os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA (Relator), PEIXOTO JÚNIOR, ANDRÉ NEKATSCHALOW, HÉLIO NOGUEIRA, DIVA MALERBI e MARLI FERREIRA acolhiam o pleito subsidiário da Fazenda Nacional, para autorizar o redirecionamento da execução nos casos de responsabilidade tributária, com a fixação da tese jurídica de não cabimento da instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal fundada em responsabilidade tributária. Os Desembargadores Federais WILSON ZAUHY, NINO TOLDO e ANTONIO CEDENHO (convocado para compor quórum), acolhiam parcialmente o pedido, para estabelecer, em prol da uniformidade da aplicação do IDPJ no âmbito dessa Corte, conjugando inovação legislativa advinda posteriormente à instauração do presente IRDR com o entendimento até então sedimentado pelo Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, tese com a seguinte redação: "Não cabe instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados". Lavrará acórdão o Desembargador Federal WILSON ZAUHY. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, PEIXOTO JÚNIOR, NERY JÚNIOR e WILSON ZAUHY. ") (RELATOR P/ACORDÃO;DES.FED. BAPTISTA PEREIRA) (EM 10/02/2021)

Dessa forma, foi decidido pelo E. Órgão Especial desta Corte que não cabe o



Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica – IDPJ na execução fiscal nas hipóteses dos arts. 132 e 133 (sucessão) e 134 (“ex legis”); por outro lado, cabe esse incidente de desconsideração em todos os demais casos (grupo econômico, art. 50 do Código Civil, art. 135 do CTN), excetuando se o sócio figura como codevedor na CDA.

O incidente de resolução de demanda repetitiva foi oposto para uniformizar o entendimento; não importando a suspensão legal prevista no art. 987, parágrafo 1º, que necessariamente o Magistrado não possa decidir de acordo com a sua convicção, podendo até mesmo relatar o IRDR para demonstrar o seu acerto.

Estando a presente decisão de acordo com a decisão do C. STJ na apontada decisão da parte agravante, da lavra do Min Manoel Erhardt, o qual discorreu que “podendo os magistrados decidirem acerca da necessidade ou não da instauração do IDPJ conforme suas convicções, até que esta Corte Superior aprecie o Recurso Especial interposto contra o acórdão em comento”.

No presente caso, em relação à agravante, a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios deu-se pelo fundamento de “dissolução irregular da pessoa jurídica devedora”. Por conseguinte, para a sua inclusão do polo passivo como codevedora faz-se necessário o prévio contraditório, com a instauração do IDPJ.

No mais, observo não existir nos autos elementos novos capazes de modificar o entendimento adotado em sede de apreciação de efeito suspensivo, razão pela qual mantenho aquela motivação como fundamento da decisão ora proferida.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao agravo de instrumento*, a fim de afastar por ora o redirecionamento da execução fiscal em relação aos sócios agravantes, até eventual instauração e provimento do IDPJ (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 0017610-97.2016.4.03.0000/SP - IRDR N. 1 do TRF3). Por conseguinte, julgo prejudicado o agravo interno interposto em face da decisão liminar.”

Complementada pela r. decisão proferida no julgamento dos Embargos de Declaração:

“Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela UNIÃO em face de decisão que, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, a fim de afastar por ora o redirecionamento da execução fiscal em relação aos sócios agravantes, até eventual instauração e provimento do IDPJ (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 0017610-97.2016.4.03.0000/SP - IRDR N. 1 do TRF3).

Aduz a embargante União Federal, em síntese, que “a r. decisão contraria a orientação jurisprudencial dessa 6ª Sexta Turma” (AI 5026826-21.2021.4.03.0000).

A parte embargada apresentou contrarrazões.

É o relatório.

*Decido.*

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no art. 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento” (EARESP nº 299.187-MS, Primeira Turma, v.u., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 20.6.2002, D.J.U. de 16.9.2002, Seção 1, p. 145). O art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 685/6), obscuridade é "a falta de clareza em um raciocínio, em um fundamento ou em uma conclusão constante da sentença"; contradição é "a colisão de dois pensamentos que se repelem"; e omissão é "a falta de exame de algum fundamento da demanda ou da defesa, ou de alguma prova, ou de algum pedido etc."

Aduz a embargante União Federal, em síntese, que "a r. decisão contraria a orientação jurisprudencial dessa 6ª Sexta Turma" (AI 5026826-21.2021.4.03.0000).

O incidente de resolução de demanda repetitiva foi oposto para uniformizar o entendimento; não importando a suspensão legal prevista no art. 987, parágrafo 1º, que necessariamente o Magistrado não possa decidir de acordo com a sua convicção, podendo até mesmo relatar o IRDR para demonstrar o seu acerto.

Descabe, dessa forma, a oposição de embargos de declaração pela União com objetivo de modificar o acórdão, alegando questões sobre as quais o julgado se manifestou. Nesse sentido é o entendimento desta Turma, conforme ementa que se segue: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I - Arguição de irregularidade no julgado que não se justifica, tendo em vista exegese clara e inteligível da matéria aduzida constante do Acórdão.

II - A motivação das decisões efetiva-se com a exposição dos argumentos que o juiz considera decisivos para suas conclusões de acolhimento ou não das teses formuladas pelas partes e não há de se cogitar de lacunas na motivação pela falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.

III - Hipótese de acórdão que julgou agravo legal interposto de decisão proferida com fundamento de jurisprudência dominante, ao invocar-se dispositivos legais ou outros precedentes o que se põe sendo questão atinente ao valor das conclusões do Acórdão e não são os embargos declaratórios meio de impugnação destinado a obter a reforma do julgado ou rediscussão de questões decididas.

IV - Embargos rejeitados. (Processo nº2012.61.00.000643-1-SP- Embargos de Declaração em Apelação/ Reexame Necessário- Relator Desembargador Federal Peixoto Junior- TRF 3ª Região. Data da decisão: 21/07/2015- Data de Publicação: 31/07/2015)."

Na ausência de vício a reclamar a integração do julgado, descabe o prequestionamento dos dispositivos aventados pela embargante.

*Posto isso, rejeito os embargos de declaração."*

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao agravo interno interposto.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

O Exmo. Des. Federal Paulo Domingues:

Na sessão de julgamento de 08/02/2017, o Órgão Especial desse TRF admitiu a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas- IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 para dirimir a questão acerca da possibilidade do redirecionamento da execução da pessoa jurídica para os sócios nos próprios autos da execução fiscal ou da necessária instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (IDPJ).

A propósito, confira-se:

PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

1. O requisito legal de efetiva repetição de processos que tem por objeto a mesma questão de direito restou comprovado pelos extratos de andamento processual que foram juntados aos autos.

2. Risco de ofensa à segurança jurídica e isonomia restou caracterizado diante do ambiente de dubiedade procedimental estabelecido.

3. *Questão controvertida de direito processual: o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.*

4. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas admitido.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, IncResDemR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 6 - 0017610-97.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 08/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/02/2017)

Dispõe o inciso I do artigo 982 do CPC/2015 que, admitido o incidente: (...) o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

Acerca do alcance da suspensão processual estabelecida nos termos do supracitado dispositivo, no caso específico do IRDR em questão, esclareceu o Relator Des. Fed. Baptista Pereira, em decisão datada de 14/02/2017:

(...)

De início, a questão controvertida restringe-se exclusivamente à dúvida se o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Observo que, ainda que seja imperiosa a suspensão dos feitos que versam sobre tal matéria, por força do inciso I do Art. 982 do CPC, não se pode perder de vista o princípio da instrumentalidade das formas insculpido nos artigos 188 e 277 do mesmo diploma processual.

Em outras palavras, a questão processual a ser dirimida não pode ser sobreposta ao direito substantivo das partes de modo a inviabilizar de um lado a efetividade da execução fiscal e, de outro, inibir o direito de defesa do executado.

Nestes termos, com fundamento no Art. 982, I do CPC, *determino a suspensão dos Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução.*

(...)"

Cumprе ressaltar, ainda, que, em acórdão prolatado no mencionado IRDR, na sessão de julgamento de 10/02/2021, firmou-se a seguinte tese: "Não cabe

*instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados”.*

Considerando que, em face de tal v. aresto, foram interpostos Recurso Especial e Recurso Extraordinário, *sendo admitido o recurso especial da União (Fazenda Nacional) por decisão da Vice-Presidência desta Corte de 05.11.2021*, a suspensão processual dos IDPJ's em trâmite na JF deverá cessar somente após o julgamento dos citados recursos nas Cortes Superiores, com fulcro no §5º do artigo 932 do CPC/2015.

Outrossim, incide na espécie o disposto no artigo 987, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, de modo que a tese jurídica consolidada no IRDR somente terá efeito vinculante, caso confirmada pelos Tribunais Superiores nos julgamentos do recurso especial, *dotado de efeito suspensivo*. Nesse sentido, destaque precedente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ARTS. 982, § 5º, E 987, §§ 1º E 2º, DO CPC. RECURSO PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se a suspensão dos feitos cessa tão logo julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo TJ/TRF, com a aplicação imediata da tese, ou se é necessário aguardar o julgamento dos recursos excepcionais eventualmente interpostos.

2. No caso dos recursos repetitivos, os arts. 1.039 e 1.040 do CPC condicionam o prosseguimento dos processos pendentes apenas à publicação do acórdão paradigmático. Além disso, os acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos não são impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo automático.

3. *Por sua vez, a sistemática legal do IRDR é diversa, pois o Código de Ritos estabelece, no art. 982, § 5º, que a suspensão dos processos pendentes, no âmbito do IRDR, apenas cessa caso não seja interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.*

4. Além disso, há previsão expressa, nos §§1º e 2º do art. 987 do CPC, de que os recursos extraordinário e especial contra acórdão que julga o incidente em questão têm efeito suspensivo automático (ope legis), bem como de que a tese jurídica adotada pelo STJ ou pelo STF será aplicada, no território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

5. Apesar de tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos comporem o microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC), a distinção de tratamento legal entre os dois institutos justifica-se pela recorribilidade diferenciada de ambos. De fato, enquanto, de um lado, o IRDR ainda pode ser combatido por REsp e RE, os quais, quando julgados, uniformizam a questão em todo o território nacional, os recursos repetitivos firmados nas instâncias superiores apenas

podem ser objeto de embargos de declaração, quando cabíveis e de recurso extraordinário, contudo, este, sem efeito suspensivo automático.

6. Admitir o prosseguimento dos processos pendentes antes do julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra o acórdão do IRDR poderia ensejar uma multiplicidade de atos processuais desnecessários, sobretudo recursos. Isso porque, caso se admita a continuação dos processos até então suspensos, os sujeitos inconformados com o posicionamento firmado no julgamento do IRDR terão que interpor recursos a fim de evitar a formação de coisa julgada antes do posicionamento definitivo dos tribunais superiores.

7. Ademais, com a manutenção da suspensão dos processos pendentes até o julgamento dos recursos pelos tribunais superiores, assegura-se a homogeneização das decisões judiciais sobre casos semelhantes, garantindo-se a segurança jurídica e a isonomia de tratamento dos jurisdicionados. Impede-se, assim, a existência - e eventual trânsito em julgado - de julgamentos conflitantes, com evidente quebra de isonomia, em caso de provimento do REsp ou RE interposto contra o julgamento do IRDR.

8. *Em suma, interposto REsp ou RE contra o acórdão que julgou o IRDR, a suspensão dos processos só cessará com o julgamento dos referidos recursos, não sendo necessário, entretanto, aguardar o trânsito em julgado. O raciocínio, no ponto, é idêntico ao aplicado pela jurisprudência do STF e do STJ ao RE com repercussão geral e aos recursos repetitivos, pois o julgamento do REsp ou RE contra acórdão de IRDR é impugnável apenas por embargos de declaração, os quais, como visto, não impedem a imediata aplicação da tese firmada.*

9. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem a fim de que se aguarde o julgamento dos recursos extraordinários interpostos (não o trânsito em julgado, mas apenas o julgamento do REsp e/ou RE) contra o acórdão proferido no IRDR n.0329745-15.2015.8.24.0023.

(REsp 1869867/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 03/05/2021)

Nesse contexto, com fulcro no artigo 982, inciso I e § 5º, do CPC, até o julgamento do(s) Recurso(s) interposto(s) perante a(s) Corte(s) Superior(es) no IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, impõe-se o integral cumprimento do comando exarado na decisão proferida em 14/02/2017, pelo Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, nos autos do IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000, que *determinou "a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução."*

Destarte, no caso, suspensa por ora a tese firmada no IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 por força do artigo 982, inciso I e § 5º, do CPC, sem prejuízo do prosseguimento da execução fiscal, com a análise do pedido de redirecionamento da execução aos sócios nos próprios autos da execução, garantido o direito de defesa aos demandados mediante oposição de embargos à execução ou exceção de pré-executividade, extrai-se a desnecessidade da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ), sendo procedente a insurgência da agravante.

Portanto, divirjo do E. Relator para dar provimento ao agravo interno.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

### **5007127-44.2021.4.03.0000**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Agravada: MARIA ALVES DE PASSOS MIRANDA  
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NILSON LOPES  
Disponibilização do Acórdão: DJEN 28/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA COMINATÓRIA. INSS. ATRASO NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. CABIMENTO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. VALOR TOTAL. LIMITAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.

1. Recurso conhecido, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC.
2. Consoante jurisprudência do E. STJ, é cabível a cominação de multa diária - astreintes - contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer, como é o caso da obrigação de implantar benefício previdenciário.
3. No caso dos autos, a multa diária imposta no valor de R\$ 100,00, não se mostra excessivo, contudo, o limite fixado em R\$ 9.000,00, se mostra excessivo, não compatível com a obrigação imposta ao INSS, razão pela qual deve ser reduzido a R\$ 3.000,00, vez que sua imposição tem por escopo compelir o devedor a satisfazer a obrigação e não vilipendiar o Erário. Tal entendimento se encontra em consonância com o sedimentado pela Egrégia Nona Turma.
4. Agravo de instrumento provido em parte.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

O Senhor Juiz Federal Convocado NILSON LOPES (Relator): Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de r. decisão que, nos autos da ação de natureza previdenciária, em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação da Autarquia para fixar o valor da multa pelo atraso na implantação do benefício, em R\$ 9.000,00.

Sustenta a Autarquia/agravante, em síntese, inexistir descumprimento de decisão judicial. Alega que o número de servidores do INSS não é suficiente para



atender o volume de serviço que se apresenta diariamente nas agências. Aduz acerca da desproporcionalidade da multa aplicada, sob pena de enriquecimento sem causa. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada para revogar a fixação da multa ou reduzir o valor total para um patamar razoável.

Intimada, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC, a agravada apresentou resposta, impugnando as alegações da Autarquia e pugnando pelo desprovimento do recurso, com a condenação nas penas de litigância de má-fé.

É o relatório.

### **VOTO**

O Senhor Juiz Federal Convocado NILSON LOPES (Relator): Conheço do recurso, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC.

O R. Juízo a quo rejeitou a impugnação da Autarquia para fixar o valor da multa pelo atraso na implantação do benefício, em R\$ 9.000,00.

É contra esta r. decisão que a Autarquia se insurge.

Com efeito, a multa tem natureza inibitória objetivando o cumprimento da obrigação de fazer imposta ao INSS, como salienta Nelson Nery Junior ao comentar o art. 461 do Código de Processo Civil/73 (atual artigo 497 do CPC): *"A norma, com a nova redação dada pela L 10.444/02, autoriza o juiz a impor multa por tempo de atraso, para que se faça cumprir a determinação do magistrado no sentido de tornar efetiva a tutela concedida. É mais uma alternativa para a efetividade do processo, com natureza jurídica de execução indireta"* (Código de Processo Civil Comentado, 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 783).

Consoante jurisprudência do E. STJ, é cabível a cominação de multa diária - astreintes - contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer, como é o caso da obrigação de implantar benefício previdenciário.

Neste sentido, reporto-me ao julgado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REVISÃO DO VALOR ARBITRADO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é firme quanto à possibilidade de cominação de multa contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer.

2. A apreciação dos critérios previstos no art. 461 do CPC para a fixação de seu valor e a análise da adequação do prazo fixado para o cumprimento da obrigação ensejaria o reexame de matéria fático-probatória, excetuadas as hipóteses de valores irrisórios ou exorbitantes, não configuradas na presente demanda.

3. Agravo Regimental desprovido.

(Processo AgRg no AREsp 296471 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0036941-8 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 20/03/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 03/04/2014).

Na hipótese dos autos, a tutela antecipada para o fim de determinar, ao INSS, a implantação do benefício de pensão por morte, foi deferida por esta E. Corte, no Agravo de Instrumento n. 5026741-06.2019.4.03.0000.

Ciente da r. decisão, o R. Juízo a quo determinou a concessão do benefício, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00, até o limite de R\$ 9.000,00.

A Gerência executiva do INSS – Equipe de Atendimento de Demandas Judiciais – EADJ, de São José dos Campos, órgão responsável pelo cumprimento das decisões judiciais, foi intimada em 13/02/2020, conforme ofício (ID 156349844 - Pág. 28), recebido pelo funcionário Hércules Cunha – Mat. 0934872.

Todavia, apenas em 28/05/2020, por meio de e-mail (ID 156349844), foi informado o cumprimento da decisão judicial, com a implantação do benefício.

Assim sendo, é aplicável à hipótese o artigo 536, parágrafo 1º, do CPC e, por tal motivo, é cabível a fixação de multa diária por atraso no cumprimento de decisão judicial.

Com efeito, o valor atribuído à multa diária por descumprimento de ordem judicial deve ser razoável e proporcional, guardando correspondência com a obrigação principal.

No caso dos autos, a multa diária imposta no valor de R\$ 100,00, não se mostra excessivo, contudo, o limite fixado em R\$ 9.000,00, é excessivo, não compatível com a obrigação imposta ao INSS, razão pela qual deve ser reduzido a R\$ 3.000,00, vez que sua imposição tem por escopo compelir o devedor a satisfazer a obrigação e não vilipendiar o Erário. Tal entendimento se encontra em consonância com o sedimentado pela Egrégia Nona Turma.

Neste sentido, reporto-me ao julgado:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA. ATRASO NO CUMPRIMENTO DA ORDEM. REDUÇÃO DO VALOR DIÁRIO ARBITRADO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 537 DO CPC.

- A multa diária é o meio coercitivo criado para o cumprimento de obrigação e encontra amparo no §1º do artigo 536 do Código de Processo Civil/2015, que conferiu ao Magistrado tal faculdade, como forma de assegurar efetividade no cumprimento da ordem expedida.

- Essa medida inibe o devedor de descumprir a obrigação de fazer, ou de não fazer, e visa assegurar a observância das ordens judiciais, bem como garantir a efetividade do direito reconhecido em prazo razoável.

- Efetivamente, o valor arbitrado pode ser reduzido, nos termos do que preceitua o artigo 537, §1º e seguintes do CPC, quando se verificar que foi estabelecido de forma desproporcional ou quando se tornar exorbitante, podendo gerar enriquecimento indevido. Precedentes.

- No caso, a multa diária imposta se mostra excessiva, não compatível com a obrigação imposta ao INSS, razão pela qual deve ser reduzida para R\$100,00 (cem reais), por dia de atraso, limitada a R\$3.000,00 (três mil reais), pois sua imposição tem por escopo compelir o devedor a satisfazer a obrigação e não vilipendiar o Erário.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.

(Processo AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP 5012688-49.2021.4.03.0000 Relator(a) Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN Órgão Julgador 9ª Turma Data do Julgamento 07/10/2021 Data da Publicação/Fonte DJEN DATA: 13/10/2021).

Rejeito o pedido da agravada quanto à aplicação da pena de litigância de má-fé, pois entendo não ser o caso, haja vista que a conduta do INSS não guarda subsunção perfeita a nenhuma das hipóteses do artigo 80 do CPC. Não se pode vislumbrar abuso ou má-fé processual do INSS, além do que, a má-fé não se presume. O INSS exerceu regularmente seu direito de recorrer.

Relembre-se que a imposição da sanção por litigância de má-fé pressupõe o dolo ou a malícia do litigante, aqui, por ora, não evidenciados, de modo não é caso condenação.

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO*, para reduzir o valor total da multa cominatória, fixada em desfavor da Autarquia, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

### **5000318-04.2022.4.03.0000**

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL  
Agravados: JABUR PNEUS S.A, JOAO IBRAHIM JABUR  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SISBAJUD. PENHORA ON LINE. REITERAÇÃO PROGRAMADA. POSSIBILIDADE.

I- Decisão indeferindo penhora pelo sistema SISBAJUD mediante reiteração programada em razão de ausência de estrutura organizacional da unidade judiciária ou de aumento de pedidos de desbloqueio por impenhorabilidade de valores na qual não se entrevê fundamento atendível. Precedentes da Corte.

II- Recurso provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra decisão pela qual, em ação de execução fiscal, foi indeferido pedido de bloqueio de ativos financeiros pelo sistema SISBAJUD mediante reiteração programada da ordem.

Sustenta a parte recorrente, em síntese a *"negativa de prestação jurisdicional, na vertente da efetividade, pois há recusa em utilizar-se mecanismo disponibilizado pelo próprio Judiciário"*, aduzindo que *"não houve o devido julgamento da pretensão, já que seu fundamento não encontra guarida nas normas de regência, seja ela processual, tributária ou de qualquer outra espécie."* Sustenta ainda, que *"não prospera o fundamento de que a ordem tem o potencial de recair sobre valores impenhoráveis, pois o próprio art. 854, CPC, tolera essa possibilidade e confere ao executado a incumbência de comprovar a impenhorabilidade no prazo de cinco dias, promovendo em seguida o cancelamento de indisponibilidade que eventualmente atinja quantias enquadradas nessa situação."*

Em juízo sumário de cognição (ID. 252519611) foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso à falta do requisito de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

O recurso foi respondido.

*É o relatório.*

## VOTO

Versa o recurso interposto pretensão de reverter decisão que indeferiu a penhora online de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD com reiteração programada da ordem.

O juiz de primeiro grau decidiu a questão sob os seguintes fundamentos:

“ ID 54673280: Trata-se de requerimento da parte exequente de bloqueio de ativos via sistema Sisbajud com o uso da funcionalidade “teimosinha”, que corresponde à busca reiterada e automática de ativos da parte executada.

Embora essa funcionalidade tenha sido vista por muitos como uma forma positiva e eficiente de recuperação do crédito é certo, de outro lado, que possui caráter extremamente invasivo já que, durante 30 dias, eventuais contas mantidas pela parte executada sofrerão bloqueios de forma aleatória podendo, inclusive, atingir valores impenhoráveis relativos a verba alimentar.

É certo que o credor tem o direito de cobrar e de executar o devedor, quando o crédito está incluído em dívida ativa, porém não se pode admitir que as medidas constritivas atinjam a parte de forma implacável, retirando-lhe diariamente o sustento e a manutenção mínima de sua sobrevivência.

Noutro giro, há outro ponto relevante que, ao que tudo indica, não se observou. A suposta melhoria na operacionalização do sisbajud não levou em consideração que seria também necessário aparelhar melhor a atividade fim, jurisdicional, ou seja, a estrutura das Varas, especialmente aquelas que respondem pelos feitos da classe de execução fiscal, cujo volume é enorme.

Isso porque o uso da ferramenta exige juntadas diárias e individuais dos resultados. Sem contar ainda que não houve, até o momento, conforme foi anunciado e prometido, a integração do PJE ao Sisbajud, de modo que para se juntar um resultado aos autos é necessário gerar PDF, certificar, anexar o documento e assinar.

Essa tarefa, num universo de uma Vara de execução fiscal, é impactante, ainda mais se levarmos em conta que a maioria delas, como esta, não possuem quadro completo de servidores.

A adoção dessa ferramenta atrasaria ainda mais a execução do lançamento de minutas para bloqueio de valores e comprometeria o acesso de outros exequentes ao sisbajud, na medida em que a administração da “teimosinha” exigiria que o servidor retornasse inúmeras vezes, até por 30 vezes, ao mesmo processo para juntar o resultado em PDF, certificar e assinar. Outros efeitos também seriam sentidos, como no aumento considerável de pedidos de desbloqueio por impenhorabilidade.

Pelas razões acima, indefiro o pedido de uso da ferramenta de reiteração automática de ordem de bloqueio de valores (teimosinha).”

De rigor a modificação da decisão agravada.

Com efeito, desconsidera a decisão a autoridade das normas de regência que nada preveem justificando o indeferimento da medida por motivo de ausência de estrutura organizacional da unidade judiciária ou de aumento de pedidos de desbloqueio por impenhorabilidade de valores.

É, ademais, matéria que já passou pelo crivo da jurisprudência, entendendo-se pela possibilidade da medida, que deve ser deferida enquanto ferramenta apta

à consecução dos fins da satisfação do crédito, que obedece à ordem legal de penhora de bens e não constitui meio excessivo de cobrança.

Neste sentido julgados da Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. MENOR ONEROSIDADE. ORDEM DE PREFERÊNCIA. CONSTRIÇÃO SOBRE DINHEIRO. SISBAJUD. “TEIMOSINHA”. CUMPRIMENTO REITERADO. CELERIDADE PROCESSUAL. CRIVO JUDICIAL. EXTENSÃO TEMPORAL. EXCESSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. LIBERAÇÃO DOS VALORES. PRERROGATIVA DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA.

- A correta compreensão do contido no art. 837 do Código de Processo Civil e no art. 185-A do Código Tributário Nacional permite a imediata utilização de meios eletrônicos para a penhora de bens nas ordens indicadas no art. 11 da Lei nº 6.830/1980 e no art. 835 da lei processual civil notadamente o dinheiro (primeiro item das listas legais de preferência), inexistindo mácula à menor onerosidade justamente porque essa é a determinação legal para equilibrar os interesses legítimos do credor com os ônus possíveis do devedor.

- As ferramentas para a penhora online inicialmente tinham funcionalidades restritas porque a ordem judicial somente era efetivada se houvesse saldo em instituição financeira no curto período de tempo no qual era executada (normalmente um único dia), após o que se exauria, o que resultava em sucessivos pedidos para novas constrições diante do insucesso da tentativa instantânea, com demora na satisfação dos legítimos direitos do credor, aumento dos trabalhos cartorários e descumprimento da garantia fundamental da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição).

- O contínuo aperfeiçoamento da penhora online levou à denominada “teimosinha”, inovação do SISBAJUD pela qual há automática reiteração da ordem eletrônica de bloqueio de ativos a partir de uma única providência judicial, sem novas e demoradas movimentações processuais com os mesmos requerimentos. Essa nova funcionalidade está sujeita ao crivo judicial, que determinará a sua extensão no tempo caso não seja bloqueado valor suficiente na primeira tentativa, quando então será automaticamente realizada pelo prazo estipulado.

- Essa ferramenta obedece a ordem legal de penhora de bens (que continua sendo o dinheiro) e não representa modo excessivo de cobrança apenas por ser continua no tempo, muito menos pode ser equiparada à penhora sobre o faturamento (medida extrema e subsidiária), tratando-se de medida compatível com o ambiente digital e afinada ao processo eletrônico e aos seus melhores propósitos de prestação jurisdicional célere e eficiente. E, como em qualquer outra penhora online que se fazia pela antiga modalidade de pequeno período de tempo restrito, havendo a constrição, o devedor tem à disposição meios judiciais para pedir a liberação da verba, sendo seu o ônus da prova quanto à impenhorabilidade.

- No caso dos autos, trata-se de cumprimento de sentença (honorários de sucumbência) movido pela Fazenda Pública, sendo deferida, na decisão agravada, a realização de penhora online via SISBAJUD. A agravante/exequente, contudo, pleiteia medida adicional: a reiteração automática do bloqueio, tantas vezes quanto se fizer necessário, por período determinado, até que se obtenha a totalidade do valor (“teimosinha”), pedido que comporta deferimento.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005477-25.2022.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, Redator designado Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO julgado em 28/06/2022, DJE de 04/07/2022)



AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ONLINE. ATIVOS FINANCEIROS. REITERAÇÃO. PERIODICIDADE.

- Embora a duração razoável do processo tenha natureza jurídica de garantia fundamental, que deve ser alinhada à eficiência e à economicidade, a celeridade processual deve ser compreendida na dinâmica cartorária que enfrenta considerável volume de trabalho. Por isso, tentativas de penhora devem ser feitas tantas vezes forem necessárias para a legítima satisfação dos créditos exequendos, mas isso não significa que deva ser reiterada de modo a dominar as tarefas cartorárias, esgotando suas funções apenas na reiteração de medidas de constrição.

- Havendo ferramentas hábeis para a permanente ordem de penhora (coloquialmente conhecida como “teimosinha”), essas medidas devem ser implementadas para a melhor gestão processual. Mas em não havendo tais ferramentas, as unidades judiciais devem executar suas tarefas próprias, com o ponto de equilíbrio para a razoável duração do processo.

- Embora não exista métrica objetiva a ser adotada em casos como o agora em discussão, o espaçamento de um trimestre entre tentativas de penhora online não se afigura curto, sendo razoável o pedido de reiteração levado a efeito nos autos de origem. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face da decisão que, em síntese, indeferiu pedido de reiteração de emissão de ordem de penhora de ativos financeiros do executado.

- A tentativa anterior de penhora de valores ocorreu em 24/02/2021 e o novo pedido foi formulado pela agravante/exequente em 03/05/2021. Ainda que se trate de devedor pessoa física, o pedido não encontra óbice legal. Ademais, a considerar a data de julgamento do presente agravo, já se passou mais de um ano sem a adoção da medida constritiva pleiteada.

- Hipótese de provimento do recurso, com o fim de autorizar a reiteração da ordem de bloqueio de valores via SISBajud.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021606-42.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, Redator designado Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO, julgado em 28/04/2022, Intimação via sistema DATA: 13/05/2022);

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SISBAJUD/BACENJUD. REITERAÇÃO PROGRAMADA. PRINCÍPIO DA MÁXIMA UTILIDADE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA FERRAMENTA. RECURSO PROVIDO.

1. Encontra-se pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, mediante o procedimento dos recursos repetitivos, o entendimento segundo o qual, após a vigência da Lei nº 11.382/2006, é desnecessário, para a concessão da constrição de ativos financeiros por meio do sistema BACENJUD, o esgotamento das diligências para a localização de bens penhoráveis em nome do executado.

2. Dentre os princípios que regem o processo de execução, encontra-se o da Máxima Utilidade. Segundo tal princípio, a execução promovida deve ser útil ao credor, de modo a se expropriar o máximo de bens com vistas à satisfação do crédito. Trata-se de princípio de resultado no processo de execução.

3. A chamada “teimosinha” - reiteração automática de ordens de bloqueio - constitui funcionalidade implementada com a substituição do BACENJUD pelo SISBAJUD, nos termos esclarecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

4. Recurso tecnológico colocado à disposição do Juízo, com vistas a alcançar o fim precípuo de satisfação do crédito executado. Possibilidade de utilização da

ferramenta, resguardada à parte executada a demonstração de eventual prejuízo a advir dos bloqueios realizados.

5. Agravo interno provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003165-76.2022.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 24/06/2022, DJEN DATA: 29/06/2022)”.  
Desembargador Federal Peixoto Junior

Por fim, quanto ao que ventila a parte agravada sobre suposta quitação do débito e alegada nulidade das CDAs, anoto que tudo no agravo de instrumento interposto se refere às questões postas na decisão agravada e as alegações formuladas pela agravada refogem à matéria discutida no recurso.

Por estes fundamentos, dou provimento ao recurso.

*É como voto.*

*Desembargador Federal Peixoto Junior*

## **SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA**

### **5009692-44.2022.4.03.0000**

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerida: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 4ª VARA FEDERAL

Interessada: LUISA ASTARITA SANGOI

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS - PRESIDÊNCIA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/11/2022

### **EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. REMOÇÃO PROVISÓRIA DE MEMBRO DO MPF.

COMPETÊNCIA. DECISÃO DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITOS SUSPENSIVOS AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO DA DECISÃO DO JUÍZO A QUO. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSISTÊNCIA DA SUSPENSÃO ANTERIORMENTE DEFERIDA.

LESÃO À ORDEM JURÍDICA. CARACTERIZAÇÃO. EMBARAÇO AO REGULAR PROCEDIMENTO DE PROVIMENTO DO CARGO PÚBLICO. IMPEDIMENTO À REORGANIZAÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO. OBICE AO CUMPRIMENTO DA LEI Nº 14.290/2022. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO PELO INTERESSE DO AGENTE PÚBLICO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO QUE NÃO INFIRMA O DECISUM DE SUSPENSÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Volta-se o pedido de suspensão de segurança à defesa do interesse público primário, suspendendo a eficácia de decisões judiciais não definitivas que demonstrem, concreta e efetivamente, a potencialidade de causação de “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

2. Competência. A interposição do agravo de instrumento, per se, não altera a competência para conhecimento da suspensão de liminar (c.f. artigo 4.º, § 6.º, da Lei nº 8.437/92). Também não repercute sobre essa competência a decisão exarada no recurso que não tenha o condão de substituir o *decisum* impugnado. *In casu*, a decisão inicial no agravo de instrumento, que indeferiu o pedido de concessão dos efeitos suspensivos ao recurso, não decidiu propriamente sobre a questão objeto da impugnação, não incompatibilizando com a subsistência da decisão do órgão a quo e, de consequência, não a substituindo. Portanto, mantida a decisão do juízo de primeiro grau, competente a presidência do tribunal de origem para o conhecimento do pedido de suspensão, nos termos do artigo 4.º, caput, da Lei nº 8.437/92.

3. Superveniência do julgamento definitivo do agravo de instrumento. Inexistência de prejuízo à decisão de suspensão de liminar anteriormente deferida. Observância ao artigo 4.º, §9.º, da Lei 8.437/92, que estabelece: “A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”. Assim, quer a manu-

tenção da liminar pela instância superior, quer a superveniência da decisão de cognição exauriente não definitiva, não têm o condão de prejudicar a suspensão anteriormente definida pela presidência do tribunal de origem. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Lesão à ordem jurídica. Caracterização. Decisão do Juízo da 4.<sup>a</sup> Vara Federal de Campinas/SP que repercute negativamente sobre o normal funcionamento do Ministério Público Federal, notadamente no que diz respeito à estrutura do órgão e à gestão interna corporis dos cargos públicos.

4.1. Causação de embaraço ao regular procedimento de provimento do cargo público, notadamente em vista da inexistência de publicação de aviso de existência de vaga na lotação (c.f. artigo 49, XVII, da LC nº 75/93).

4.2. Impedimento à reorganização do órgão a partir do concreto exame das necessidades do serviço público, atribuição do Conselho Superior do Ministério Público Federal.

4.3. Óbice ao cumprimento da Lei nº 14.290/2022, que criou a Procuradoria Regional da República da 6.<sup>a</sup> Região, nos termos da redistribuição de ofícios do Ministério Público Federal lançado na Nota Técnica nº 16/2021 de 29/11/2021 e aprovado pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal em 1.<sup>o</sup> de abril de 2022.

5. Pretensão da recorrente de substituição do juízo do administrador, alicerçado em critérios de necessidade do serviço público, por decisão fundada na necessidade pessoal do agente público. Descaracterização do normal funcionamento das instituições públicas.

6. Pedido de reconsideração. Edital de concurso público que não oferta a lotação pretendida pela agravante. Inexistência de *periculum* à pretensão formulada nos autos principais. Menção a vaga na unidade de lotação a título meramente informativo. Não caracterização de "aviso de existência de vaga na lotação", previsto no artigo 49, XVII, da LC nº 75/93. Necessidade de observância à tipicidade dos atos administrativos.

7. Preliminar de incompetência rejeitada. Agravo Regimental desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência da Presidência, e, em última instância, desta Corte, nos termos do voto da Desembargadora Federal Presidente MARISA SANTOS (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, MAIRAN MAIA, CARLOS MUTA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, CARLOS DELGADO, ANTÔNIO CEDENHO, LUIZ STEFANINI, NINO TOLDO, CONSUELO YOSHIDA (convocada para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum) e ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum). E, quanto ao mérito, o Órgão Especial, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, bem como ao pedido de reconsideração, nos termos do voto da Desembargadora Federal Presidente MARISA SANTOS (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE,

MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, CARLOS MUTA, SOUZA RIBEIRO, LUIZ STEFANINI, CONSUELO YOSHIDA (convocada para compor quórum) e NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum). Vencidos os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, WILSON ZAUHY, CARLOS DELGADO, ANTÔNIO CEDENHO, NINO TOLDO e ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), que davam provimento ao agravo interno. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, INÊS VIRGÍNIA e VALDECI DOS SANTOS. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

## RELATÓRIO

Agravo regimental interposto por Luísa Astarita Sangoi, com fundamento no artigo 4º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 e artigo 27, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, em face da Decisão ID 255785250, que deferiu o pedido de suspensão de liminar pleiteado pela União, para sustar a tutela antecipada deferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas/SP, que determinava à União que concedesse *"a remoção provisória à autora para o 2º Ofício da Procuradoria da República de Campinas, nomeando-a no prazo de quinze dias"*.

Sustenta a agravante a incompetência da Presidência deste Tribunal para o conhecimento do pedido de suspensão de liminar.

Argumenta a recorrente que, a despeito do pedido de suspensão se dirigir contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas/SP, porquanto essa decisão fora desafiada em agravo de instrumento e, porque o relator daquele recurso negou o efeito suspensivo pleiteado, ter-se-ia operado a substituição da decisão de primeiro grau por aquela decisão inicial no agravo.

Aduz, ainda, que contra essa decisão que negou o efeito suspensivo ao agravo de instrumento caberia recurso especial, o que, na via extraordinária da suspensão de liminar, faria inaugurar a competência da Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma, também, que a decisão recorrida estaria a revisar decisão monocrática de Desembargador Federal, o que não seria admitido, em vista à ausência de hierarquia entre membros do mesmo Tribunal.

Quanto ao pedido de suspensão propriamente dito, alega a recorrente que, no caso, inexistiria interesse primário exposto a risco ou situação de perigo que decorreria da imediata produção de efeitos da decisão judicial não definitiva, sustentando que *"a tutela de urgência concedida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas-SP em nada compromete a estrutura ou a gestão do MPU"*.

Pontuando a agravante que, (i) *"a exigência de publicidade da vacância revela-se uma formalidade que está se prestando à obstrução de pretensão legítima"*; (ii) *"a vedação da possibilidade de extinção do 2º Ofício da PRM de Campinas se apresenta apenas como pequena circunstância a ser considerada, não interferindo nas atribuições administrativas do Conselho Superior do MPU"*; (iii) *"a decisão suspensa em nada compromete a criação da PRR-6ª Região, muito menos impede a execução da Lei nº 14.290/2022 ou do próprio Procurador-Geral da República"*;

(iv) “o citado risco de irreversibilidade pode ser considerado afastado (...) a decisão é, pois, reversível por natureza e independe de maiores digressões”.

Requerendo, ao fim, que seja negado o “conhecimento ao pedido de suspensão de liminar no âmbito deste TRF da 3ª Região, e, quanto ao mérito do recurso, reformar a decisão da Presidência deste Tribunal, restabelecendo a liminar concedida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas”. E, alternativamente, que “seja o presente recurso de Agravo conhecido e provido para assegurar a lotação provisória da recorrente em Campinas, no mínimo, até que o mérito da controvérsia seja julgado de forma colegiada, por órgão deste Tribunal Regional Federal”.

A agravante, ainda, em 23 de agosto de 2022, apresentou petição intercorrente informando do julgamento do agravo de instrumento interposto em face da decisão de primeiro grau objeto do presente pedido de suspensão de liminar, ocorrido em 02 de agosto de 2022 (c.f. Certidão de Julgamento ID 261644611, no AI 5007203-34.2022.4.03.0000). Aduzindo a recorrente que o julgamento ensejaria “o desaparecimento das circunstâncias jurídico-processuais que deram ensejo ao deferimento da suspensão” (ID 262564820).

A União apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovemento do agravo (ID 263558609).

O Ministério Público Federal, indicando a regularidade processual do feito, entendeu inexistirem elementos que justificassem a intervenção do órgão (ID 257236194).

Posteriormente, apresentou a recorrente pedido de reconsideração, informando a abertura de concurso público para provimento do cargo de Procurador da República, indicando o correspondente edital a existência de 02 (duas) vagas na cidade de Campinas/SP.

Diante do que, aduz a agravante que “o edital ora apresentado torna público que o Procurador-Geral da República declarou a (...) vacância [do 2º Ofício da PRM-Campinas]”, o que “demonstra a inexistência de qualquer intenção da extinção do 2º Ofício”. Circunstâncias essas que infirmariam a decisão de suspensão, a merecer revogação.

É o relatório.

## VOTO

Anoto que, após o deferimento da suspensão, já interposto o presente Agravo Regimental, sobreveio informação do julgamento do agravo de instrumento que desafiava a decisão liminar do juízo de primeiro grau.

Informação diante da qual sustenta a recorrente “o desaparecimento das circunstâncias jurídico-processuais que deram ensejo ao deferimento da suspensão”.

Em contrário, porém, decorre do artigo 4.º, §9.º, da Lei 8.437/92, que “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”. Assim, quer a manutenção da liminar pela instância superior, quer a superveniência da decisão de cognição exauriente não definitiva, não têm o condão de prejudicar a suspensão anteriormente definida pela presidência do tribunal de origem.



Doutrina designa a hipótese *“ultra-atividade endoprocessual das decisões proferidas no incidente de suspensão de liminares e sentenças”*, de modo que supervenientes substituições da decisão suspensa nos autos principais não são capazes de ilidir a suspensão anteriormente concedida, estendendo a essas também o efeito suspensivo.

Nesse sentido, Elton Venturi, com acerto, assevera que a regra, a bem ver, volta-se à evitação da necessidade de dedução de tantos pedidos de suspensão quanto fossem os provimentos desfavoráveis prolatados no curso do processo. Não havendo nisso, todavia, qualquer limitação às competências das Cortes Superiores, pois não submetidas à decisão.

É o entendimento que se extrai da Súmula 626, do STF:

“A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

É essa também a posição do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR E AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL HIERÁRQUICA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O pedido de suspensão de liminar não guarda relação de prejudicialidade com o respectivo recurso manejado contra a decisão liminar ou antecipatória, haja vista que possui pressupostos específicos relacionados a um juízo de natureza política destinado a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Inteligência do art. 4º, § 6º, da Lei n. 8.437/1992.

2. No caso, não se cogita de violação do princípio da hierarquia, uma vez que a decisão que deferiu o pedido de suspensão de liminar foi proferida antes do julgamento do agravo de instrumento, observando-se o disposto no art. 4º, caput, da Lei n. 8.437/1992.

Além disso, a referida decisão foi confirmada pelo Órgão Especial do Tribunal de Origem, no exame de agravo interno, bem como teve seus efeitos preservados pelo Colegiado por ocasião do julgamento do agravo de instrumento (acórdão recorrido).

3. *No tocante à eficácia da decisão que defere o pedido de suspensão de liminar, o art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437/1992 assegura que “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.”* O argumento de que o Presidente do Tribunal poderia definir outro marco temporal para a eficácia de sua decisão não implica reconhecer que haverá a perda automática da eficácia da decisão proferida no âmbito do pedido de suspensão de liminar com o julgamento do agravo de instrumento contra a decisão de Primeiro Grau. Precedentes: AgRg na Rcl 34.882/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 1º/4/2019; AgInt na Rcl 28.192/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 24/5/2019.

4. Agravo interno a que se nega provimento”.

(AgInt no REsp n. 1.673.891/BA, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 17/11/2020.)

Em sentido semelhante:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA. LEI 8.437/92. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DURAÇÃO DA SUSPENSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DE MÉRITO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

5. *Decisão do Tribunal a quo que determina a suspensão da execução de sentença até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal não usurpa competência deste Tribunal, porquanto é decorrência da norma de regência, bem seja, art. 4º, § 9º, da Lei nº 8.437/92.*

6. *Agravo interno não provido*".

(AgRg no REsp n. 1.460.048/MS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe de 23/5/2017.)

E, novamente a doutrina especializada:

"Sendo distintos os fundamentos da impetração e do pedido de suspensão de segurança, a suspensão da liminar ou da sentença predestina -se a vigor até o julgamento final do mandado de segurança, momento em que, naturalmente, tendo havido a sedimentação da medida judicial em prol do impetrante, reconhecendo-se cabalmente seu direito líquido e certo, nenhuma alegação de grave ameaça a interesse público poderia sublimar o interesse igualmente público de se emprestar exequibilidade às decisões do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos.

Parece ter sido esta a linha finalmente albergada pelo STF quando da edição da Súmula 626, a respeito da duração da suspensão de segurança. Segundo a Súmula 626,

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo STF, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

Fica, pois, assentada a chamada ultra-atividade endoprocessual das decisões proferidas no âmbito do incidente de suspensão de liminares e sentenças, ao menos quanto às implicações do deferimento da suspensão no processo que o hospeda, uma vez que *a suspensão de um provimento não é ilidida, automaticamente, pela mera substituição da liminar pela sentença, ou desta por acórdãos que julgam recursos interpostos no curso da relação jurídica processual instaurada contra o Poder Público*" (c.f. Venturi, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 362/363).

Não merece prevalecer, portanto, a arguição de ter restado prejudicada a decisão objeto do presente Agravo Regimental.

Estabelecida a continuidade de efeitos da decisão, cabe debruçar sobre a arguição de incompetência da Presidência – e, em última instância, desta Corte –, para a apreciação da suspensão de liminar.

Antes, todavia, pertinente a distinção entre os dois exames: (a) aquele referente à competência para a prática do ato; e (b) aquele relativo à possibilidade de subsistência dos efeitos desse ato.

Relativo à possibilidade de continuidade dos efeitos do *decisum*, serve de dado relevante as circunstâncias existentes ao tempo do exame. E como visto *supra*, o evento a ser examinado será a superveniência, ou não, da decisão definitiva nos autos principais. O que não ocorreu.

Já no que tange à competência, como ocorre na aferição da regularidade de todo ato jurídico, deve ser examinada à luz das circunstâncias existentes ao tempo em que praticado. Assim, em que pese a notícia do julgamento do agravo de instrumento em 02 de agosto de 2022, ao tempo da prolação da decisão ora desafiada, ocorrida em 12 de abril de 2022, existia somente a decisão do juízo da 4.<sup>a</sup> Vara Federal de Campinas e a decisão monocrática do Des. Fed. Valdeci dos Santos, que indeferia o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. Sendo, pois, essas as circunstâncias ora a serem consideradas.

Pois bem.

Nos termos do artigo 4.<sup>o</sup>, *caput*, da Lei nº 8.437/92, o conhecimento do pedido de suspensão de liminar “*compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso*”.

E, conforme constou na decisão desafiada, aqui, diante de competência determinada, mediatamente, a partir da competência para conhecimento do recurso (em tese) cabível na via comum.

Assim, o exame da competência perpassa a verificação, por primeiro, da decisão que se pretendia ver suspensa; e, por segundo, o recurso cabível para a revisão e reforma dessa decisão na via recursal comum.

Argumenta a agravante que “*a decisão inicial do agravo substituiu a liminar (CPC, art. 1.008), sendo esse o ato jurisdicional que assegura à agravante o direito à remoção provisória*”.

Em contrário, todavia, deve-se reconhecer que, então à falta de decisão definitiva no agravo de instrumento, não operada a aludida substituição, de modo que se mantinha a decisão de primeiro grau íntegra (melhor, existente) e exarando plenos efeitos, sendo essa eficácia que se pretendia ver suspensa.

É certo que, porque não se admite a coexistência, no mesmo processo, de dois atos decisórios relativos a mesma questão, coincidentes ou não no conteúdo, impõe-se que prevaleça um sobre o outro, que deixa de existir. Nesse sentido, serve o efeito substitutivo à eliminação retroativa da decisão do órgão *a quo* com a colocação, no lugar daquela, do *decisum* emanado pelo órgão *ad quem*.

E, para que se reconheça a aptidão da decisão do órgão *ad quem* para a substituição, necessário que seja ultrapassada a barreira da admissibilidade, sendo o recurso, ainda, julgado no mérito, conhecendo de *error in iudicando*, exigência para que se tenha reconhecida a superveniência de decisão relativa a mesma questão.

Posto isso, *in casu*, deve-se concordar que a decisão inicial no agravo, que indeferiu o pedido de concessão dos efeitos suspensivos ao recurso, não decidiu propriamente sobre a questão objeto do recurso, não incompatibilizando com a subsistência da decisão do órgão *a quo* e, de consequência, não a substituindo.

Nesse sentido, impõe-se distinguir a decisão relativa à concessão do efeito suspensivo (c.f. artigo 995, parágrafo único, do CPC) daquela concessiva da tutela provisória (c.f. artigo 300 e ss., do CPC), pois, em que pese próximas, não se confundem, estando sujeitas a requisitos diversos.

E, porque os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são mais restritos, não se pode admitir tomar uma decisão por outra, especialmente estando-se diante de decisão de indeferimento.

Isto porque, na concessão do efeito suspensivo, a não bastar qualquer *periculum mora*, exigindo a norma um *plus*, qual seja, aquele que reputado “*de dano grave, de difícil ou impossível reparação*”.

Nesse mesmo sentido, o *fumus boni iuris* que franqueia a medida recebe a qualificação “*probabilidade de provimento do recurso*”, o que importa exercer um juízo prévio e perfunctório de viabilidade do próprio recurso, notadamente a existência de entendimento consolidado no órgão julgador acerca da matéria. Confere-se:

“Provável é o provimento, v.g, nos casos do art. 932, V, no de a tese jurídica da sentença contrariar ao entendimento prevalecente no órgão fracionário competente do tribunal – a especialização das câmaras, turmas, grupos de câmaras ou seções do tribunal tende a cristalizar teses jurídicas – ou em qualquer outra hipótese de manifesto vício de atividade (error in procedendo) ou de vício de julgamento (error in iudicando).  
(...)”

O eventual ineditismo do caso julgado em primeiro grau, desconhecendo-se quaisquer pronunciamentos do órgão ad quem relativamente ao tema, acentua as dificuldades na avaliação do requisito, mas não a torna inviável. À originalidade do assunto, por si só insuficiente, há que se acrescentar séria e persuasiva concatenação dos argumentos brandidos no apelo, abrindo espaço para o provimento” (Assis, Arakem de. Manual dos Recursos, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

Ademais, a mora relevante à hipótese demonstra-se mais restrita, havendo de garantir o bem jurídico exposto a perigo somente se demonstrada a possibilidade de manifestação do efeito danoso no *iter* do julgamento do agravo de instrumento, e não de todo o processo.

*Desse modo, impróprio tomar a manifestação do Relator quanto aos efeitos suspensivos do recurso como juízo equivalente ao exame da tutela provisória objeto do agravo de instrumento.*

Ademais, demonstra-se patente a incompatibilidade da coexistência de ambos os efeitos, suspensivos e substitutivos. Não havendo de se falar em suspensão de efeitos de decisão que foi objeto de substituição, seria controlar a eficácia de decisão que deixou de existir. Evidente ilogismo.

Portanto, verdadeiramente incongruente a argumentação da recorrente no sentido de que a decisão que trata da concessão de efeito suspensivo *ope iudicis*, igualmente, teria o condão de substituir o *decisum* impugnado.

*Enfim, feita a distinção entre as decisões e afastada a alegação de substituição, forçoso reconhecer que os efeitos que se pretende ver suspensos decorriam,*

*àquele tempo, não da decisão que negou os efeitos suspensivos, mas da própria decisão de primeiro grau exarada pelo Juízo da 4.<sup>a</sup> Vara Federal de Campinas/SP.*

Sendo válido consignar que, mesmo entendesse-se de modo diverso, ainda assim não restaria caracterizada a competência da Corte Superior para a suspensão de liminar, pois incabível o recurso especial.

E, em que pese a manifestação da agravante de que “*a negativa de efeito suspensivo ao agravo de instrumento enseja a interposição de recurso especial*”, deve-se reconhecer não se fazerem presentes os requisitos autorizadores, não se estando diante de “*causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais*” (c.f. artigo 105, III, da CF/88).

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência da Corte Superior quanto ao não cabimento de recurso especial em agravos de instrumentos relativos à tutela provisória, pois decisão precária que não esgota a instância recursal:

“A jurisprudência pacífica do STJ é no sentido de ser incabível, via de regra, o recurso especial que postula o reexame do deferimento ou indeferimento de medida acautelatória ou antecipatória, ante a natureza precária e provisória do juízo de mérito desenvolvido em liminar ou tutela antecipada, cuja reversão, a qualquer tempo, é possível no âmbito da jurisdição ordinária, o que configura ausência do pressuposto constitucional relativo ao esgotamento de instância, imprescindível ao trânsito da insurgência extraordinária.

Aplicação analógica da Súmula 735/STF (“Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.”).

Ademais, a análise do preenchimento dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 300 do CPC/15) e das razões que levaram a Corte de origem a modificar a decisão reclama a reapreciação do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ” (AgInt no AREsp 1972132/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 28/03/2022, DJe 31/03/2022, grifos não originais).

E, se descabe recurso especial diante de decisão definitiva em agravo de instrumento versando acerca de tutela provisória, sob o fundamento da precariedade da decisão (AgInt no AREsp 1972132/SP, *supra*), com maior razão o não cabimento do recurso contra a decisão do relator relativa aos efeitos suspensivos deste mesmo agravo de instrumento, pois duplamente precária – implicando em salto de instância.

*Desse modo, mesmo prevalecesse ter-se então operado a substituição da decisão de primeiro grau – o que não ocorreu, insiste-se –, ainda assim, não caberia o recurso especial, não ensejando a competência da Presidência da Corte Superior para o pedido de suspensão na via extraordinária.*

*Assim, afastado o cabimento do recurso especial na via recursal comum, desafiando a decisão exclusivamente recurso a este Tribunal (art. 1.015, I, do CPC), certa a competência da Presidência desta Corte para apreciação da suspensão de liminar, nos termos do artigo 4º, caput, da Lei nº 8.437/92.*

Cumprе consignar, porém, que somente haveria de se reconhecer a competência da Corte Superior para apreciação do pedido de suspensão de liminar em houvesse, àquele tempo, decisão definitiva no agravo de instrumento, conforme decorre do artigo 4º, § 5º, da Lei nº 8.437/92.

Nesse sentido, o voto do Eminentíssimo Ministro Raul Araújo, relator no AgRg na Rcl nº 6953, que reconhece o ensejo da competência do Superior Tribunal de Justiça somente diante de “*julgamento colegiado do agravo de instrumento*”:

“Da interpretação sistemática dos dispositivos legais acima transcritos, infere-se que a mera interposição de agravo de instrumento contra a decisão que defere liminar - ou, no caso, tutela antecipada - não inviabiliza a apresentação de pedido de suspensão de liminar ou de tutela antecipada perante o mesmo Tribunal competente para julgar aquele recurso (Lei 8.437/92, art. 4º, § 6º). Contudo, o julgamento colegiado do agravo de instrumento, com o exaurimento da instância ordinária, inaugura a competência dos Presidentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal - competentes para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, respectivamente -, para processamento e julgamento do pedido de suspensão de execução de liminar ou de tutela antecipada (Lei 8.437/92, art. 4º, caput e §§ 4º e 5º).

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 de apelo, substitui a decisão recorrida, ainda que a pretensão recursal não tenha sido acolhida. O referido efeito substitutivo do recurso implica a prevalência da decisão proferida pelo órgão superior ao julgar recurso interposto contra o *decisório* da instância inferior” (AgRg na Rcl 6.953/BA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 11/12/2014, grifos não originais).

E, de fato, voltando-se às disposições da Lei nº 8.437/92, verifica-se ter cuidado o legislador de conferir tratamento diverso à hipótese do desprovimento do agravo de instrumento interposto contra o *decisum* liminar, submetendo-a à competência dos tribunais superiores por força do artigo 4º, § 5º, da referida Lei.

É dizer, a hipótese desprovimento do agravo de instrumento enseja a incidência da norma especial do § 5º, do artigo 4º, da Lei nº 8.437/92, em prejuízo àquela regra geral do *caput* desse mesmo artigo.

Isso porque, ciente o legislador do não cabimento do recurso extraordinário *lato sensu* na hipótese, pretendendo sujeitar a decisão a tribunal superior, atentou de estabelecer norma especial de competência.

Norma especial que assiste, entretanto, somente à hipótese de decisão definitiva no agravo de instrumento, tendo o legislador também acautelado de consignar que “*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*” (artigo 4º, § 6º, da Lei nº 8.437/92). Regra essa que vem a preservar a competência da presidência do tribunal de origem.

*Em suma, a interposição do agravo de instrumento, per se, não altera a competência para conhecimento da suspensão de liminar (c.f. artigo 4º, § 6º, da Lei nº 8.437/92). Também não repercute sobre essa competência a decisão exarada no recurso que não tenha o condão de substituir o *decisum* impugnado. Porém, uma vez haja decisão definitiva no agravo, essa substituirá a decisão recorrida, ensejando a competência dos tribunais superiores para os pedidos formulados posteriormente a esse evento (c.f. artigo 4º, § 5º, da Lei nº 8.437/92).*



Ao fim, ainda no que tange à competência, cabe afastar a arguição da agravante no sentido de que a solução legal *"estabelece hierarquia entre Desembargadores integrantes do mesmo Tribunal"* asseverando que *"o Presidente não tem competência para reformar decisão monocrática ou de qualquer das Turmas"*.

Inconformismo que não prevalece.

A uma, porque a decisão objeto da presente suspensão de liminar, conforme demonstrado, é aquela proferida pelo Juízo da 4.<sup>a</sup> Vara Federal, que não foi substituída pela decisão do Relator do agravo de instrumento.

A duas, porque, mesmo se assim não fosse, a suspensão de liminar não serve de sucedâneo recursal, não se prestando à cassação ou reforma do *decisum*, não havendo, assim, de se falar em revisão horizontal do ato judicial.

Ademais, deve-se sopesar que, porquanto a decisão da Presidência do Tribunal desafia agravo regimental ao Órgão Especial, diante de determinação de competência que, a bem ver, prestigia o controle dos efeitos das decisões no âmbito da própria Corte.

*Assim, reafirmo entendimento da competência da Presidência deste Tribunal para conhecimento do pedido de suspensão e, de consequência, deste E. Órgão Especial para o cabível agravo regimental.*

Entendimento esse, aliás, não inovador, encontrando amparo na jurisprudência da própria Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que, diante de similar situação a esta dos autos, por unanimidade, decidiu pela competência da Presidência do Tribunal de Origem (AgRg na SLS 1.694/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 01/07/2013).

Naquela oportunidade, igualmente diante de indeferimento pelo relator de efeitos suspensivo ao agravo de instrumento, tendo aquela recorrente arguido as mesmas questões ora suscitadas pela agravante, restando todas afastada pela Corte Superior. Nesse sentido, merece conferir o voto do Exmo. Ministro Felix Fisher, relator do AgRg na SLS 1.694/RJ:

"Sustenta a ora agravante já estar inaugurada a competência da Presidência dessa eg. Corte Superior para a análise de pedido suspensivo ajuizado contra r. decisum monocrático proferido por Desembargador relator que em agravo de instrumento apenas indefere a concessão de efeito suspensivo àquele recurso. Para tanto, num primeiro momento, apontou jurisprudência da col. Corte Especial que entende desnecessário o prévio esgotamento recursal da instância ordinária para a formulação de pedido de suspensão dos efeitos de decisão perante esse eg. Superior Tribunal Justiça.

Sustenta, ademais, a tese de que em virtude de ser irrecorrível a decisão de relator que concede ou nega o pedido de atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento, a competência da Presidência dessa eg. Corte Superior já estaria inaugurada.

Entretanto, conforme assentado na r. decisão ora agravada, diferentemente do caso apontado pela ora agravante e analisada pela col. Corte Especial, não houve na instância recursal de origem decisão de mérito, restando incólume a relação substancial controvertida, esta analisada única e exclusivamente em primeira instância.

Assim, a meu ver, decisão liminar que apenas indeferi o pedido de atribuição de

efeito suspensivo ao agravo de instrumento não tem o condão de substituir a decisão agravada uma vez que não apreciou o mérito do agravo.

Portanto, de acordo com o art. 4º da lei nº 8.437/92, a competência para exame do presente pedido é, a toda evidência, da Presidência do eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, uma vez que nenhuma decisão sobre o mérito da ação principal foi proferida pelo eg. Tribunal de origem, nem ao menos monocraticamente pelo em. Desembargador relator do agravo de instrumento.

Nesse sentido e em conformidade com o procedimento legal adotado para o pedido suspensivo, previsto no parágrafo 6º do artigo 4º da Lei 8.437/97, a interposição do agravo de instrumento não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão.

Assim, no presente caso, arvorar-se no sentido de analisar o presente pedido de suspensão ajuizado perante esse Tribunal Superior seria o mesmo que aceitar o cabimento desse incidente na modalidade per saltum, de forma a usurpar a competência do eg. Tribunal de origem.

Portanto, a toda evidência, o órgão competente para o exame do presente pedido suspensivo é a Presidência do eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região em razão do agravo de instrumento interposto contra a decisão de primeira instância ainda estar pendente de análise.

Por fim, não merece acolhimento a alegação de que em razão da ausência de relação de subordinação jurisdicional entre o membro de Órgão colegiado e a Presidência dos tribunais não se poderia admitir a suspensão pela Presidência do tribunal de decisão proferida por órgão situado no mesmo patamar hierárquico. Explico. É que, no presente caso, o único objeto apto a ser impugnado pelo presente incidente suspensivo, exatamente por este instrumento não ter natureza recursal, seria apenas a r. decisão de primeira instância que suspendeu a decisão administrativa proferida pela ANATEL - único ato judicial que ainda surte efeitos perante a lide material; sendo, portanto, do eg. Tribunal de origem a competência para o exame.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental" (grifos não originais) (STJ, AgRg na SLS n. 1.694/RJ, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 19/6/2013, DJe de 1/7/2013).

Assim, deve também ser afastada a arguição de usurpação de competência.

Passo à análise do pedido de suspensão propriamente dito.

Quanto à natureza, às limitações e aos fins que se presta a suspensão de liminar, reitero o consignado na decisão ora agravada:

"Volta-se o pedido de suspensão de suspensão de segurança à defesa do interesse público primário, suspendendo a eficácia de decisões judiciais não definitivas que demonstrem, concreta e efetivamente, a potencialidade de causação de "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Exame esse que, certamente, não perpassa a aferição da correção da decisão que se quer ver os efeitos suspensos, não ingressando no mérito da demanda principal, mas se limitando a averiguar a repercussão do decisum, correto ou não, sobre aqueles direitos difusos elencados.

Assim, sob pena de admitir servir a suspensão de segurança de espécie de sucedâneo processual, não haverá de se conhecer, nessa estreita via, eventual error in procedendo ou error in judicando da decisão. Não havendo, mesmo, de ingressar em espécie de juízo de delibação do ato judicial, devendo-se, repisa-se, limitar

à verificação dos efeitos do decisum sobre “à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Nesse sentido, o *fumus boni iuris* que autoriza a suspensão liminar não diz respeito à verossimilhança do direito alegado na demanda principal, cujo exame é exclusivo do órgão encarregado de conhecer o recurso, mas sim à necessidade de preservação da ordem, da saúde, da segurança ou da economia pública, pois esses os direitos acautelados na suspensão de segurança.

Em igual sentido, o *periculum in mora* que justifica a suspensão é aquele manifestado na situação de risco ao direito acautelado que exsuriria da imediata produção de efeitos da decisão judicial.

Em suma, a tutela cautelar objetivada na via extraordinária da suspensão de segurança não ingressa em juízo de delibação sobre o decisum ou na justiça do pleito formulado na ação principal, mas se limita à verificação da plausibilidade do interesse público primário exposto a risco (direito acautelado) e da situação de perigo, iminente e grave, que decorreria da imediata produção de efeitos da decisão judicial não definitiva”.

Sustenta a agravante que “a ideia de que a remoção provisória da recorrente causa embaraço ao regular procedimento de provimento do cargo público, notadamente em vista da inexistência de publicação de aviso de existência de vaga na lotação contraria um dado da realidade e um fato processual incontroverso: o cargo está fisicamente vago”.

Em contrário, porém, deve-se reconhecer que, fisicamente vago ou não o cargo, a existir procedimento administrativo próprio para o provimento. Procedimento esse que restou embaraçado pela decisão de antecipação da tutela.

E, a despeito da arguição da agravante de que “o regular procedimento foi considerado como um fim em si mesmo”, impõe-se reconhecer não se reduzir o ato a mera formalidade.

Isso porque, a uma, enquanto medida de publicidade, serve a declaração de garantia ao princípio da igualdade, permitindo que outros membros da carreira (potencialmente em similar situação) concorram à vaga.

A duas, apresenta-se a declaração como a ultimção de um juízo anterior de necessidade do serviço público. É dizer, por meio do aviso de vacância, a Administração Pública, na figura do Procurador Geral da República, reitera a necessidade do serviço público desempenhado naquela lotação, afastando a possibilidade, aberta com a vacância, de transferência do cargo.

A relevância administrativa do ato enquanto instrumento de gestão administrativa do órgão é ressaltada pela União:

“Esse dispositivo permite que o PGR exerça os atos de gestão tendentes às modificações do ofício ou até mesmo sua extinção, sem que não haja nenhum impedimento de ordem constitucional, como a inamovibilidade. Graças a essa previsão, o PGR tem possibilidade de exercer seu outro poder-dever do art. 49, XX da LC nº 75/93 (praticar atos de gestão administrativa, financeira e de pessoal). Este dispositivo só existe porque a lei compatibilizou o dever-poder de gestão do PGR com a garantia constitucional da inamovibilidade. Se o PGR quer exercer seu poder-dever de gestão no sentido de alterar a localização de um ofício ou extinguí-lo, somente pode fazê-lo quando vago. Por isso a lei complementar deu

o poder ao PGR de definir quando um ofício vago está novamente aberto para lotação por remoção; ou seja, quando um ofício vago está novamente aberto para designação ao um titular”.

É dizer, o provimento do cargo exige, antes da simples “vacância física”, a efetiva “vacância jurídica”, que ocorre somente com o aviso de existência de vaga na lotação, ato de competência do Procurador Geral da República (c.f. artigo 49, XVII, da LC nº 75/93). Exigência essa que encontra suporte na preservação da oportunidade, conferida pela lei, para a gestão da estrutura ministerial, permitindo a alteração ou extinção de ofício não ocupado.

E, no caso dos autos, verifica-se, de fato, que a decisão liminar do juízo de primeiro grau causa obstáculo à pretendida alteração do quadro de ofícios do MPF, que prevê a extinção do almejado 2º Ofício da PRM de Campinas.

A requerente, a sua vez, sustenta que *“do ponto de vista prático procedimental, de um conjunto amplo de opções para a reorganização do MPU na 3ª Região, a vedação da possibilidade de extinção do 2º Ofício da PRM de Campinas se apresenta apenas como pequena circunstância a ser considerada, não interferindo nas atribuições administrativas do Conselho Superior do MPU ou do próprio Procurador-Geral da República”*.

Evidente, porém, que a substituição do juízo do administrador, alicerçado em critérios de necessidade do serviço público, por decisão fundada na necessidade pessoal do agente público, não caracteriza normal funcionamento das instituições públicas.

Por estas mesmas razões, não há de prevalecer também a arguição da requerente no sentido de que, diante da previsão de 49 ofícios vagos ao final de 2022, não haveria obstáculo ao remanejamento dos 18 cargos à PRR-6ª Região para a observância da Lei nº 14.290/2022. Racional esse que, como o anterior, deixa de considerar, em absoluto, qualquer necessidade do serviço público, parecendo-se esquecer que a criação e remanejamento de cargos atendem à identificação de uma demanda pública.

E, nesse sentido, merece conferir a Nota Técnica nº 16/2021 do MPF (ID 255783077, fls. 90 e ss.), que estampa o cuidado do órgão na identificação de modelo organizacional capaz de melhor atender as exigências da *“economicidade, eficiência, equidade na distribuição do trabalho, equipes e infraestrutura, sem violar preceitos caros à instituição, como antiguidade, inamovibilidade, proteção ao princípio do promotor natural e, especialmente, não distanciando a instituição da população”*.

Assim, decorre da referida Nota Técnica que, do exame da movimentação processual dos anos de 2019 a 2021, foi possível identificar *“evidente distorção nos números de distribuição processual nos ofícios de primeiro grau no MPF, sendo mais gritante ainda vislumbrar que, enquanto existem ofícios cuja movimentação processual anual de feitos não chega a casa dos mil processos, em matéria repetitiva, de baixa complexidade e atuação residual, outros recebem milhares de intimações referentes a ações penais, por exemplo, o que comprova o que já afirmamos na Nota Técnica SGE/SG nº 10/2021, de que a distribuição territorial da atribuição entre os membros, bem como a própria força de trabalho, não está*

*organizada de forma adequada, muito menos equânime, gerando distorções que comprometem a eficiência e o cumprimento saudável das obrigações institucionais”.*

Tendo, neste tópico específico, concluído a Nota Técnica: *“considerados os ofícios atualmente vagos e seus locais de origem, sugere que sejam extintos, imediatamente, 4 (quatro) ofícios dentre aqueles que se encontram vagos atualmente e cujos estados constam na lista acima: 34º PR-RJ; 24º PRSP; 7º PR-ES; 2º PRM-Campinas; 3º PRM-Petrópolis; 1º PRM-Rio Verde”.*

Assim, patente que a escolha dos ofícios a serem extintos deu-se à luz de consideração do interesse público primário, bem como dos princípios gerais regentes da atuação Administrativa, além da especificidade da garantia da inamovibilidade que assiste aos membros do Ministério Público.

Tudo a evidenciar, portanto, que a decisão do juízo de primeiro grau causa embaraço a ato de reorganização do MPF, incorrendo em substituição do interesse público primário delimitado em estudo técnico abrangente por interesse particular do agente público. O que, evidentemente, não caracteriza o normal funcionamento da Administração Pública.

*Arguições todas, portanto, que não infirmam a decisão que concedeu a suspensão da decisão de primeiro grau sob o fundamento de lesão à ordem jurídica na acepção administrativa do termo. Merecendo, aqui, reprodução:*

*“Cabível, entretanto, a verificação da repercussão da decisão sobre a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições públicas. Trata-se da ordem pública na acepção administrativa do termo, nesse sentido:*

*‘Através de clássico julgamento de pedido de suspensão de segurança no âmbito do extinto TFR, o ex-Ministro do STF Nery da Silveira fixou entendimento paradigmático quando se trata de definir ordem pública. Segundo restou assentado na ocasião,*

*No juízo de ordem pública está compreendida, também, a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas.*

*Tal parâmetro revela-se de suma importância para a compreensão do significado, da extensão e profundidade da expressão ‘ordem pública’: legitimamente, o que busca tutelar o regime jurídico dos pedidos de suspensão é a chamada ordem pública administrativa, vale dizer, a ordinária prestação das essenciais atividades estatais constitucional e legalmente estabelecidas’ (VENTURI, 2017, pg. 207) (grifos não originais).*

*No caso, deve-se reconhecer que a decisão do Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas/SP repercute negativamente sobre o normal funcionamento do Ministério Público Federal, notadamente no que diz respeito à estrutura do órgão e à gestão interna corporis dos cargos públicos.*

*A uma, porque causa embaraço ao regular procedimento de provimento do cargo público, notadamente em vista da inexistência de publicação de aviso de existência de vaga na lotação (c.f. artigo 49, XVII, da LC nº 75/93); a duas, impede a reestruturação do órgão a partir do concreto exame das necessidades do serviço público, atribuição essa do Conselho Superior do Ministério Público Federal; e, a três, causa óbice ao cumprimento da Lei nº 14.290/2022, que criou a Procuradoria Regional da República da 6ª Região, nos termos da redistribuição de ofícios do Ministério Público Federal lançado na Nota Técnica nº 16/2021, de 29/11/2021 e*



aprovado pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal em 1º de abril de 2022 (conforme notícia a inicial)”.  
A

Em suma, a decisão do Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas/SP, ao determinar a remoção provisória da agravante para o 2º Ofício da Procuradoria da República de Campinas, causa embaraço ao normal funcionamento do Ministério Público Federal, deixando de observar a necessidade de procedimento próprio, notadamente o aviso de existência de vaga, que constitui a “vacância jurídica” do cargo. Inobservância do procedimento essa que causa empecilho à reorganização do MPF, pois impede a extinção do 2º Ofício de Campinas, identificado como de necessária extinção, com realocação dos cargos e recursos. Reorganização essa escorada em estudos técnicos fundamentados em critérios objetivos e observantes dos princípios e diretrizes constitucional, além da própria garantia da inamovibilidade dos membros do Ministério Público.

*Assim, sem ingressar em matéria de juridicidade da decisão do Juízo da 4ª Vara Federal de Campinas/SP ou no direito alegado pela requerente naquela via ordinária, impõe-se reconhecer que a imediata produção dos efeitos, em antecipação ao trânsito em julgado da questão, enseja grave lesão à ordem jurídica na acepção administrativa, comprometendo o normal funcionamento do Ministério Público Federal, notadamente no que diz respeito à reorganização do órgão e à gestão interna corporis dos cargos públicos, justificando a suspensão do decum.*

Anoto, ao fim, ter apresentado a agravante pedido de reconsideração.

Informa a recorrente a abertura de concurso público para provimento do cargo de Procurador da República, indicando o correspondente edital a existência de 02 (duas) vagas na cidade de Campinas/SP.

Em síntese, aduz a postulante que “o edital ora apresentado torna público que o Procurador-Geral da República declarou a (...) vacância [do 2º Ofício da PRM-Campinas]”, o que “demonstra a inexistência de qualquer intenção da extinção do 2º Ofício”. Circunstâncias essas que infirmariam a decisão de suspensão, a merecer revogação.

Pois bem.

Decorre do Edital PGR/MPF nº 6, de 19 de setembro de 2022 (“30º concurso público para provimento de cargos de procurador da república – abertura de inscrições”):

#### “DAS VAGAS

O concurso destina-se ao preenchimento de 13 (treze) cargos vagos, em localidades a serem definidas pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal após o resultado do concurso, com possibilidade de criação de novas vagas, se houver previsão orçamentária e eventuais vacâncias.

No momento da abertura deste concurso, as localidades com cargos vagos são: (...)

O número de vagas e as localidades indicadas neste edital poderão sofrer alterações por causas supervenientes, no decorrer do prazo de eficácia do concurso, especialmente em razão do provimento das vagas referentes ao 29º Concurso Público para o Provimento de Cargos de Procurador da República, no decorrer do prazo de eficácia do concurso.



O candidato aprovado, na ordem de classificação, escolherá, após o concurso de remoção a ser realizado entre os Procuradores da República que se encontrem em exercício, a lotação de sua preferência, na relação de vagas definidas pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal”.

Da simples leitura dos termos do edital, verifica-se que as unidades e respectivas vagas são citadas somente a título informativo, como parâmetro para os candidatos, não sendo essas vagas aquelas efetivamente a serem ofertadas no concurso.

Aliás, é explícito o edital ao indicar a competência do Conselho Superior do Ministério Público Federal para a definição da relação dos cargos a serem providos, a ser realizada oportunamente.

Ademais, igualmente explicitado que o candidato “*escolherá, após o concurso de remoção a ser realizado entre os Procuradores da República*”, de modo que não restaria a agravante preterida pelos recém ingressos.

Portanto, a abertura do concurso público, *per se*, não caracteriza *periculum* à pretensão da recorrente.

Também merece ser afastada a arguição no sentido de que a menção às 02 (duas) vagas da PRM-Campinas caracterizaria a declaração de vacância do cargo prevista no artigo 49, XVII, da LC nº 75/93.

Como dito, a menção figura como mera informação ao candidato, servindo somente para a avaliação do interesse no concurso.

Ademais, porque “*para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei*”, não se pode admitir que a Administração se valha de ato diverso daquele tipificado para a consecução de determinada finalidade. Trata-se do atributo da tipicidade dos atos administrativos.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.

Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados; estes são possíveis para os particulares, como decorrência do princípio da autonomia da vontade” (Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, Grupo GEN, 34ª ed., 2021, pg. 238).

E, considerando que o artigo 49, XVII, da LC nº 75/93, tipifica o “aviso de existência de vaga na lotação” como o ato voltado à finalidade descrita no próprio *nomen iuris*, não se pode admitir que essa mesma finalidade seja alcançada por ato de tipicidade diversa.

Portanto, circunstância que não infirma a decisão de suspensão.

Do exposto, presentes os requisitos para a suspensão da liminar do artigo 4.º, *caput*, da Lei nº 8.437/92, *REJEITO* a preliminar de incompetência e *NEGO PROVIMENTO* ao Agravo Regimental, bem como ao pedido de reconsideração.

É o voto.

DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY:

Peço vênia para acompanhar a divergência inaugurada pelo e. Desembargador Mairan Maia para dar provimento ao agravo.

É como voto.

O DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA:

De início, no tocante as preliminares suscitadas, acompanho a e. Relatora.

Quanto à presença dos requisitos necessários ao deferimento do pedido formulado pela União Federal, por sua vez, peço vênia para divergir.

O instituto da suspensão de liminar, previsto em caráter geral pelo art. 4º, §7º, da Lei 8.437/92 e art. 1º da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, constitui medida excepcional, somente admitida na hipótese de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Diante desse quadro normativo, extrai-se que a utilização do presente instrumento pressupõe a demonstração concreta e efetiva de ameaça de lesão significativa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – requisitos de seu conhecimento (Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança 1026-3). No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. 1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência. 2. O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia. 3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt na SS 2976 / CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.2.2019).

Tal interpretação é coerente com a impossibilidade de utilização do instrumento como sucedâneo recursal, vale dizer, não se pode, na cognição do pedido de suspensão de segurança ou liminar, analisar o mérito da causa na qual proferida decisão cujos efeitos se pretende suspender.

Pois bem. No presente incidente de suspensão de liminar, insurge-se a União Federal contra a decisão que, nos autos da ação ordinária processada sob o nº 5000825-58.2020.4.03.6135, deferiu em parte o pedido de tutela de urgência, para determinar à União que concedesse remoção provisória à autora, Procuradora da República, para o 2º Ofício da Procuradoria da República de Campinas, nomeando-a no prazo de quinze dias. Referida decisão vedou, ademais, *a possibilidade de extinção do ofício em questão ou sua oferta em remoção enquanto mantido o quadro fático narrado na exordial*.

Assim colocada a controvérsia, entendo que o caráter individual da demanda subjacente não indica, de plano, possível efeito multiplicador da questão debatida.

De fato, conforme leciona Elton Venturi, *"... como fundamento relevante para o deferimento da cautela excepcional não basta a mera alegação de ameaça ou lesão a um dos interesses públicos expressamente consignados pelo legislador. A intensidade da gravidade da lesão constitui, segundo a lei, condição sine qua non para a procedência da postulação, devendo ser demonstrada e suficientemente comprovada pelo requerente já com petição dirigida ao presidente do tribunal, através de todos os meios hábeis para tanto"*.

Prossegue o autor: *"O prejuízo ao interesse público que enseja a suspensão deve apresentar-se qualificado pela irreparabilidade ou pela difícil reparação, uma vez que a provável lesão ao Poder Público que se possa resolver, v.g. através de qualquer medida compensatória em pecúnia ou in natura (específica) não se revela suficiente para autorizar a excepcionalíssima sustação da eficácia de medidas liminares ou de sentenças, muito embora possa eventualmente embasar a concessão de efeito suspensivo recursal. Não demonstrada a gravidade da lesão suscitada, deve prevalecer a eficácia dos comandos jurisdicionais já determinados em prol do autor da ação"*. (Venturi, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público* - 3ª ed., rev., atual., e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2017 - p. 195/196).

Dessarte, não socorre a requerente a alegação genérica de que a manutenção da decisão impugnada implicaria *"sérios riscos de lesão à ordem pública, em sua acepção jurídica, na medida em que está impedindo o Procurador Geral da República de exercer as suas competências constitucionais e legais de Chefe do Ministério Público da União, especialmente no que atine à criação e extinção dos órgãos do Ministério Público Federal (art. 128, § 1º, CF, e art. 49, incisos VI, XVII e XX da Lei Complementar nº 75/93)"*.

O mesmo sucede no tocante ao argumento de que a decisão recorrida importaria em óbice ao cumprimento da *Lei nº 14.290/2022*, norma responsável pela criação da Procuradoria Regional da República da 6ª Região, nos termos da redistribuição de órgãos do Ministério Público Federal lançado na *Nota Técnica nº 16/2021, de 29/11/2021* e aprovado pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal em 1º de abril de 2022 (conforme notícia a inicial).

Com efeito, considerada a natureza individual da ação originária, não vislumbro, em sede de cognição sumária, própria do incidente de suspensão de liminar, a possibilidade de a remoção de um único integrante dos quadros da Procuradoria da República inviabilizar a readequação da estrutura funcional do órgão, a inviabilizar a instalação da PRR da 6ª Região (PRR-6ª Região) e, em última instância, interferir na autonomia administrativa do Ministério Público Federal.

E assim se dá porquanto, como visto, na via excepcional da suspensão de liminar, demanda-se a comprovação de potencial concreto e irreparável de ofensa à ordem pública e administrativa. Eventuais questões de mérito pertinentes à ação originária não comportam análise no presente incidente, devendo ser suscitadas e debatidas por meio da via recursal adequada.

Em verdade, conforme se extrai da inicial, a narrativa apresentada pela União Federal centrou-se na probabilidade de sucesso do recurso então interposto, isto

é, seu interesse consistiu exclusivamente em suspender os efeitos da decisão até a análise colegiada do recurso do agravo de instrumento por este E. Tribunal, a fim de preservar a utilidade deste último.

A corroborar a afirmação supra, transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho da exordial:

Importa ressaltar que, embora a União tenha interposto o Agravo de Instrumento nº 5007203- 34.2022.4.03.0000 em face da r. decisão liminar ora impugnada e a antecipação da tutela recursal tenha sido indeferida pelo d. Relator, tal fato não obsta, em absoluto, a apresentação do presente Pedido de Suspensão ao Eg. TRF-3, a uma, porque a teor do disposto no art. 4º, parágrafo 6º, da Lei nº 8.437/92, a interposição do agravo de instrumento não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão; e a duas, porque, conforme já assinalado, a decisão cujos efeitos estão gerando risco de lesão à ordem pública foi proferida por Juiz Federal da 1ª instância da Justiça Federal de São Paulo.

A pretensão da União Federal, vale salientar, é regida pelos artigos 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil, o que permite constatar a utilização do presente incidente como sucedâneo recursal.

Portanto, não tendo a requerente demonstrado, de forma objetiva, como a execução da decisão ensejaria grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, de rigor o indeferimento do pedido.

Diante do exposto, ausente a comprovação dos fundamentos legalmente exigidos, voto por dar provimento ao agravo interno.

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL**

### **5011406-39.2022.4.03.0000**

Suscitante: 1ª VARA GABINETE JEF DE PRESIDENTE PRUDENTE  
 Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP - 2ª VARA FEDERAL  
 Parte Autora: CLAUDINEI DONIZETI DE SOUZA  
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO  
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/10/2022

### **EMENTA**

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL COMUM. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA.

A Lei n.º 10.259/01, em seu art. 3º, § 1º, III, estabelece que os juizados especiais federais não são competentes para processar e julgar as causas que envolvam a “anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal”.

Nada obstante o valor dado à causa, verifica-se que a ação objetiva anular a multa administrativa aplicada por infração às normas de controle aduaneiro de fumo/cigarro. Por conseguinte, tratando-se o pedido de anulação de ato administrativo que consiste na imposição de sanção administrativa pecuniária, a pretensão é incompatível com o rito dos juizados especiais federais, pois decorre o ato administrativo, objeto da ação, do poder de polícia, que não possui natureza tributária e nem está compreendido na expressão “lançamento fiscal”.

Conflito de competência procedente.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito de competência, para declarar competente o Juízo da 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP para o processo e julgamento da causa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juizado Especial Federal da 1ª Vara Gabinete em Presidente Prudente (suscitante) e o Juízo Federal da 2ª Vara na mesma cidade (suscitado), em sede de ação de rito ordinário ajuizada por Claudinei Donizetti de Souza em face da União Federal (Fazenda Nacional).

Ajuizada a ação perante o Juízo da 2ª Vara Federal, em razão do valor atribuído à causa ser inferior a 60 salários-mínimos, o Juízo declinou da competência para o Juízo Suscitante.

Recebidos os autos, o Juízo do Juizado Especial Federal suscitou o conflito, porque a parte autora visa na demanda anular ato que não se insere dentre os passíveis de análise e julgamento pelos JEFs (Lei 10.259/2001, art. 3º, §1º, incisos III e IV).

### VOTO

As restrições legais à competência dos Juizados Especiais Federais estão dispostas no §1º, do art. 3º, da Lei nº 10.259/2001:

“§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

Pois bem. A Lei n.º 10.259/01, em seu art. 3º, § 1º, III, estabelece que os juizados especiais federais não são competentes para processar e julgar as causas que envolvam a *“anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal”*.

No caso em tela, o autor visa anular a multa que lhe foi aplicada por infração a medidas de controle fiscal relativas a fumo, cigarro, charuto e cigarrilha de procedência estrangeira, tendo sido apreendidos 15.390 maços de cigarros que se encontravam dentro de um veículo abandonado, modelo Monza, cor preta, placa DDD 8000, o qual, segunda alega, não se encontrava na sua posse, já tendo sido, na data dos fatos, o automóvel entregue para ser vendido por terceira pessoa.

Dessa forma, nada obstante o valor dado à causa, verifica-se que a ação objetiva anular a multa administrativa aplicada por infração às normas de controle aduaneiro de fumo/cigarro. Por conseguinte, tratando-se o pedido de anulação de ato administrativo que consiste na imposição de sanção administrativa pecuniária, a pretensão é incompatível com o rito dos juizados especiais federais, pois decorre o ato administrativo, objeto da ação, do poder de polícia, que não possui natureza tributária e nem está compreendido na expressão “lançamento fiscal”.

Portanto, compete ao Juízo Federal comum o processamento e julgamento da demanda.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente desta Segunda Seção:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. AÇÃO ANULATÓRIA DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 3º DO DECRETO-LEI 399/1968. IMPORTAÇÃO DE CIGARROS. MULTA ADMINISTRATIVA, DECORRENTE DO PODER DE POLÍCIA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM.

1. A multa prevista no parágrafo único do artigo 3º do Decreto-lei n. 399/1968, com a redação dada pela Lei n. 10.833/2002, referente a irregular importação



de cigarros, não possui natureza tributária, decorrendo, sim, do poder de polícia administrativa.

2. As ações anulatórias de multas administrativas decorrentes do poder de polícia não se ajustam à parte final do inciso III do § 1º do artigo 3º da Lei n. 10.259/2001, de sorte que a competência para processá-las e julgá-las é dos juízos federais comuns e não dos Juizados Especiais Federais.

3. Conflito negativo julgado procedente.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5005159-81.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 12/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/09/2018)

Ante o exposto, julgo procedente o conflito de competência, para declarar competente o Juízo da 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP para o processo e julgamento da causa.

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL**

### **5021070-94.2022.4.03.0000**

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP - 1ª VARA FEDERAL

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP - JEF  
Parte Autora: EDIVALDA ALVES FERREIRA

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA BONAVINA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/10/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL vs. JEF. FASE DE CUMPRIMENTO DE JULGADO. TRESPASSE DO VALOR DA CONDENAÇÃO AO IMPORTE DA ALÇADA DO JEF. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO COMPETENCIAL. PROCEDÊNCIA.

1. Impende aos Juizados Especiais Federais Cíveis conhecer das causas de competência da Justiça Federal até o importe de sessenta salários mínimos, ademais de executar as sentenças proferidas.

2. A cifra irrogada às causas de nuança previdenciária/assistencial há de corresponder à soma entre prestações vencidas e vincendas da benesse buscada, representadas essas últimas pela adição de doze parcelas vindouras, observando-se, ainda, a prescrição quinquenal. Art. 260 do CPC/1973, correspondente ao art. 292, §§ 1º e 2º, do NCPC. Precedentes.

3. O valor da causa não se confunde com o valor da condenação a título de atrasados, o qual não está limitado a 60 salários mínimos e, portanto, não afasta a competência dos Juizados Especiais Federais. Tal se infere do art. 17, § 4º, da Lei 10.259/01, que prevê, de forma expressa, o pagamento nos Juizados por meio de precatórios.

4. Inadmissibilidade de declínio de competência operacionalizado pelo JEF em fase de cumprimento de sentença exarada em ação que por lá tramitou, ao argumento de detecção de trespasse do valor da condenação ao importe de alçada a justificar a atuação do dito órgão jurisdicional. Precedentes.

5. Conflito negativo de competência julgado procedente.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP em face do Juizado Especial

Federal da mesma Subseção, em autos nos autos de cumprimento de sentença, instaurado por EDIVALDA ALVES FERREIRA com vistas à percepção de valores devidos em razão de determinação judicial de restabelecimento de aposentadoria por invalidez (proc. reg. nº 0005438-82.2020.4.03.6338).

A demanda subjacente tramitou perante o i. Suscitado e, após a estabilização do decreto de procedência da pretensão e ulterior feitura de cálculos pela Contadoria, indicativos do trespasse do valor de alçada dos Juizados, foi a autoria intimada para manifestar-se acerca de possibilidade de renúncia a importes excedentes, motivo por que a pleiteante postulou fosse reconhecida a incompetência do JEF, com a consequente remessa dos autos à Vara Federal, no que foi atendida pelo magistrado oficiante. Redistribuídos os autos, sucedeu a suscitação do presente incidente.

Distribuídos os autos à minha relatoria, designei o i. Magistrado Suscitante à resolução de eventuais medidas urgentes exsurgidas no feito subjacente, bem como instei ao i. Magistrado Suscitado a prestação das competentes informações (ID 261845039 - Pág. 1), positivadas no doc. ID 262034706 - Pág. 1.

Com vista dos autos, o ilustrado representante ministerial oficiou pela prossecução do feito (ID 262231473).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada Monica Bonavina

### **VOTO**

Convém, antes do mais, digressão respeitante à valoração de causas previdenciárias e consequente repercussão na delimitação competencial dos órgãos jurisdicionais, inclusive sob a óptica de eventual viabilidade de abdicação de importâncias pela parte interessada e o momento propício a tal providência.

De regra, o valor da causa deve corresponder, tanto quanto possível, ao proveito econômico vindicado pelo demandante, sendo-lhe defeso atribuir importe aleatório, visto trazer reflexos na relação processual, inclusive na definição da competência para processamento e julgamento da ação.

Nesse sentido, a fim de evitar eventual burla competencial, admite-se que o magistrado determine a adequação ou mesmo, "motu proprio", proceda ao ajustamento do valor da causa, com fundamento nos elementos do caso concreto.

A propósito, há de lembrar-se que o estabelecimento do valor da causa ganhou maior relevância com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e estatuiu sua competência absoluta para o processamento, conciliação e julgamento das causas na Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos - art. 3º, "caput".

Disciplinando as demandas que versem sobre prestação de trato sucessivo, o referido diploma legal reza, em seu art. 3º, § 2º, que "para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput".

Nada obstante, compreende-se que, quando a demanda versar a respeito de importâncias vencidas e a vencer, imperioso atentar-se à disciplina estatuída no

art. 260 do CPC/1973, correspondente ao art. 292, §§ 1º e 2º, do NCPD, com a contabilização das prestações já vencidas, bem como daquelas por vencer.

Merecem transcrição os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PEDIDO DE CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS . APLICAÇÃO DO ART. 260 DO CPC C/C O ART. 3º, § 2º, DA LEI 10.259/2001 PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E, CONSEQUENTEMENTE, DA COMPETÊNCIA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM FEDERAL. ANULAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO PROFERIDA PELO JUÍZO TIDO POR INCOMPETENTE. ART. 122, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. 1. O art. 3º, caput, da Lei nº 10.259/2001 define a competência dos juizados especiais federais para toda demanda cujo valor da ação não ultrapasse 60 (sessenta) salários-mínimos. De acordo com § 2º do dispositivo mencionado, quando a demanda tratar de prestações vincendas , o valor de doze prestações não poderá ser superior ao limite fixado no caput. 2. Todavia, na hipótese do pedido englobar prestações vencidas e vincendas , há neste Superior Tribunal entendimento segundo o qual incide a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, que interpretado conjuntamente com o mencionado art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/2001, estabelece a soma das prestações vencidas mais doze parcelas vincendas , para a fixação do conteúdo econômico da demanda e, consequentemente, a determinação da competência do juizado especial federal. 3. De se ressaltar que a 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação, suscitou o presente conflito de competência, sem antes anular a sentença de mérito proferida pelo juízo de primeira instância, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, impede o seu conhecimento. 4. Todavia, a questão posta em debate no presente conflito de competência encontra-se pacificada no âmbito Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, esta Casa, em respeito ao princípio da celeridade da prestação jurisdicional, tem admitido a anulação, desde logo, dos atos decisórios proferidos pelo juízo considerado incompetente, remetendo-se os autos ao juízo declarado competente, nos termos do art. 122, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Civil. 5. conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo, ora suscitado, anulando-se a sentença de mérito proferida pelo juízo especial federal de primeira instância” (CC 200702617328, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:26/08/2008 RT VOL.:00878 PG:00146.)

“ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. LEI 10259/01. PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS - SOMATÓRIO. VALOR DE ALÇADA. Do exame conjugado da Lei 10259/01 com o art. 260 do CPC, havendo parcelas vincendas , tal valor deve ser somado às vencidas para os fins da respectiva alçada. conflito conhecido declarando-se a competência da Justiça Federal.”(CC 46732/MS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2005, DJ 14/03/2005, p. 191)

“ CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL DA MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SFH. REVISÃO DAS PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS . VALOR DA CAUSA. RELAÇÃO. CONTEÚDO ECONÔMICO DA LIDE. 1. Compete ao Superior

Tribunal de Justiça o julgamento de conflito de competência instaurado entre Juízo Federal e Juizado Especial Federal da mesma Seção Judiciária. 2. Consoante entendimento pacificado desta Corte, o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico que o autor pretende obter com o provimento jurisdicional. 3. No caso em tela, a revisão abrange tanto as parcelas vencidas quanto as vincendas, razão pela qual o proveito econômico almejado pelos autores muito provavelmente ultrapassa o limite de 60 (sessenta) salários mínimos estabelecidos na Lei nº 10.259/2001. 4. conflito de competência conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO, o suscitado.” (CC 200702482159, FERNANDO GONÇALVES, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA:01/04/2008)

Nessa vereda, assim decidiu este egrégio Colegiado:

“PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VALOR DA CAUSA EXCEDE A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DA 4ª VARA FEDERAL DE CAMPINAS/SP. I - A Lei nº 10.259/01, que instituiu o Juizado Especial Federal, tem por escopo ampliar a garantia de acesso à justiça, imprimindo maior celeridade na prestação jurisdicional, atribuindo competência absoluta onde houver sido instalada a Vara respectiva, para apreciar e julgar causas até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos. II - Nos termos do §3º do art. 3º da Lei nº 10.259/01, a competência do Juizado Especial Federal somente é absoluta no foro onde houver sido instalada a respectiva Vara, para causas cujo valor não exceda o limite estabelecido. III - Em ação previdenciária que envolva parcelas vencidas e vincendas, os valores devem ser somados para apuração do valor da causa, de acordo com o que preceituava o artigo 260 do anterior CPC/1973, hoje previsto no artigo 292, §§ 1º e 2º do Novo CPC/2015, bem como para a fixação da competência, na forma do artigo 3º, caput, da Lei nº 10.259/2001. IV - O valor atribuído à causa deve ser certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato, devendo corresponder ao benefício patrimonial almejado pela parte autora da demanda originária. V - Presentes os elementos concretos que auxiliem na formação de sua convicção, o Juiz da causa pode, de ofício, corrigir o valor consignado na petição inicial, quando esse for taxativamente previsto em lei. VI - O autor da ação originária, ajuizada em 2015, pleiteia a revisão de seu benefício previdenciário (DIB em 15/03/91) com a aplicação do coeficiente teto após o primeiro reajuste (art. 26 da Lei 8.870/94 ou art. 21, § 3º, da Lei 8.880/94) e a aplicação dos novos valores dos tetos previdenciários definidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003. VII - Conforme cálculo elaborado pela Contadoria Judicial do Juizado Especial Federal, a soma da diferença entre o valor devido e o valor recebido das prestações vencidas, observada a prescrição quinquenal, mais as doze parcelas vincendas, acrescidas dos consectários legais, resulta em valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos. VIII - conflito negativo de competência julgado procedente. Competência do Juízo Federal da 4ª Vara Federal de Campinas/SP.” (CC 00109672620164030000, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 19/09/2016).

No mesmo diapasão, confira-se ainda: CC 00647131820074030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/06/2010  
PÁGINA: 50.

No que toca, especificamente, às parcelas vencidas, a melhor exegese caminha no sentido de se considerar o montante do débito corrigido monetariamente até o ajuizamento da ação, máxime porque, por força do art. 293 do CPC/1973 - repisado no § 1º do artigo 322 do NCPC, os acréscimos legais se compreendem no pedido principal, ainda quando o autor não tenha, expressamente, requerido sua incidência.

Essa é a orientação doutrinária de Cândido Rangel Dinamarco, exposta ao discorrer sobre dispositivo análogo, trazido no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais:

"A relação entre o pedido e os salários mínimos é aferida, para efeito de enquadramento no inc. I do art. 3º, no momento da propositura da demanda, sem que tenham qualquer influência, quanto a isso, (a) nem as elevações ulteriores do salário mínimo (b) nem o crescimento do valor devido, em virtude de correção monetária e juros que se vencerem depois. O valor do pedido será aferido pelo principal e, sendo o caso, juros vencidos até então (porque eles se consideram incluídos, ainda que não pedidos expressamente: CPC, art. 293). No caso de correção monetária ou da intercorrência de qualquer outra causa de atualização do crédito antes da propositura da demanda inicial, entende-se que o pedido principal terá o valor atualizado e não o histórico. Depois, poderão vencer-se mais juros, mas isso não influi na competência do juizado. Pode ocorrer que, evoluindo a correção monetária mais velozmente que a atualização do salário mínimo, no momento da sentença o principal corrigido signifique mais do que quarenta salários mínimos; isso é também irrelevante, seja na determinação da competência, seja na definição da correlação entre a sentença e o pedido. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual dos Juizados Cíveis. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 57).

Cumprе agregar a possibilidade, na forma do art. 3º, § 3º da Lei nº 9.099/1995 c/c o art. 1º da Lei nº 10.259/2001, de renúncia aos valores que ultrapassarem 60 salários mínimos, preservando-se, destarte, a competência do juizado. Há vários precedentes nessa toada: CC 200701302325, Terceira Seção, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 22/02/2008, p. 00161; CC 00159316220164030000, Relator Desembargador Federal Nelson Porfirio, e-DJF3 Judicial 1 de 17/02/2017; CC 00153530220164030000, Relatora Desembargadora Federal Tania Marangoni, e-DJF3 Judicial 1 de 02/12/2016; CC 00162693620164030000, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, e-DJF3 Judicial 1 de 25/11/2016; CC 00133775720164030000, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, e-DJF3 Judicial 1 de 25/11/2016. Adite-se que nessa situação, vindica-se, como curial, a existência de procuração outorgada ao causídico com previsão de poderes expressos para tal desiderato.

A propósito, sabe-se que a factibilidade de renúncia quanto ao valor excedente a sessenta salários mínimos, aí incluídas prestações vincendas, para poder demandar no âmbito dos juizados especiais federais, foi consagrada em sede de julgamento repetitivo. Reporto-me ao Tema 1.030; REsp n. 1807665/SC, em que, após a apreciação de aclaratórios, retirou-se a seguinte deliberação:

"Ao autor que deseje litigar no âmbito de juizado especial federal cível, é lícito renunciar, de modo expresse e para fins de atribuição de valor à causa, ao



montante que exceda os 60 salários mínimos previstos no artigo 3º, caput, da Lei 10.259/2001, aí incluídas, sendo o caso, até 12 prestações vincendas, nos termos do artigo 3º, parágrafo 2º, da referida lei, combinado com o artigo 292, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015”.

Ao cabo dessas noções introdutórias, de se observar que o caso em estudo guarda importante nota distintiva: como filtra do relatado, a excogitação acerca de renúncia a valores afluíu após a prolação e própria estabilização da sentença de procedência, é falar, no curso do estágio de cumprimento. Eventual ato abdicatório foi instigado pelo magistrado processante, ante a constatação de que o valor da condenação ultrapassaria o valor de alçada norteador da atuação dos Juizados, tendo a autoria, em contrapartida, alvitado a incompetência do órgão jurisdicional, com a remessa da querela à Vara Federal, com o que aquiesceu Sua Excelência.

Com a devida vênia, estou em que desassiste razão ao i. Juiz Suscitado. Perfectibiliza-se na hipótese – em meu ver – claudicante manejo de conceitos: valor da causa e valor da condenação.

Estreme de dúvidas, como se extrai das noções aprioristicamente tecidas, a factibilidade de renúncia a valores pela parte interessada, para valer-se de rito mais célere e simplificado na vindicação de seus direitos. Há, como dito, Tema Repetitivo a trato do assunto, demandando-se, apenas, que esse ato de disposição seja efetivado ao limiar da ação cognitiva, bem assim assistir ao causídico poderes para tanto.

Aqui, o debate em torno de hipotética renúncia se prefigura vetusto. Despontou após a própria prolação de sentença no âmbito do Juizado, em momento absolutamente serôdio. Em adiantado estágio procedimental, tal o de cumprimento, sentido algum haveria em excogitar-se de abdicação de valores à guisa de propiciação da atuação do Juizado – a temática quedava-se vencida e reacendê-la se apresentava juridicamente infactível. Pensar de forma diversa redundaria, em certas feitas, na instituição de verdadeiro mecanismo de ladeamento competencial, com repercussão no princípio do juiz natural, dado ensejar à parte inidôneo meio de seleção do órgão judicante encarregado da aquilatação da controvérsia.

À avançada altura em que se acha o feito subjacente, em linha de princípio poder-se-ia conceber, sim, de renúncia, mas com natureza e desideratos distintos e estranhos à fixação competencial. A abdicação estrosar-se-ia, agora, ao mecanismo de satisfação de valores, com hipotética oportunização de adimplemento via RPV, em lugar da morosa sistemática do precatório.

Discorda-se, assim, da posição encampada pelo i. Magistrado Suscitado quando franqueou, à pretendente, dizer acerca de eventual renúncia a valores, em momento que a tanto se oferecia impróprio. Inadequada temporalmente que se punha a discussão, não comportava acolhida a manifestação da parte, vazada na esteira do perquirido pelo juiz processante, quanto ao declínio de competência em prol da jurisdição comum, por hipotética superação do valor de alçada do JEF. A providência ressentia-se de amparo na legislação regente do assunto, mercê da qual compete ao Juizado Especial Federal Cível a execução das próprias sentenças (artigo 3º da Lei nº 10.259/2001), subsistindo, textualmente, a exequibilidade de pagamento, em dita esfera, por meio de precatórios (art. 17, § 4º, da Lei 10.259/01), havendo, então, que se gizar eloquente discrimine entre duas

acepções: as de valor da causa e da condenação, sendo que este último não se confina ao patamar de 60 salários-mínimos.

Confira-se precedente da egrégia Seção a trato do assunto:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VALOR DA CAUSA. RENÚNCIA AO EXCEDENTE A SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO TÁCITA OU POSTERIOR À PROLAÇÃO DE SENTENÇA. COMPETÊNCIA JUIZADO ESPECIAL FEDERAL PROCEDÊNCIA.

1. Nas causas previdenciárias, tem-se sedimentado entendimento de que o valor da causa, correspondente ao benefício econômico pretendido (artigos 258 e 260 do CPC/1973 e artigos 291 e 292, § 1º, do CPC/2015), é representado pelo somatório do valor das prestações vencidas do benefício previdenciário ou assistencial pretendido, acrescido do montante relativo a doze prestações vincendas.

2. A Lei n.º 10.259/01 dispõe, em seu artigo 3º, competir ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. Ainda, no § 4º de seu artigo 17, prevê a possibilidade de renúncia do valor objeto da execução que exceder a sessenta salários mínimos, para fins de requisição de pequeno valor (artigo 100, § 3º, da CF).

3. *A renúncia ao excedente na fase de execução nada tem que ver com a competência jurisdicional do Juizado, mas, sim, com o teto de pagamento por meio de requisição de pequeno valor ou por precatório, na forma prevista no artigo 100 da CF.* De outro lado, a prévia renúncia manifestada pelo autor, no ato do ajuizamento, ao benefício econômico excedente a sessenta salários mínimos, implica efetiva alteração do próprio pedido, o qual passa a ser limitado pelo quanto renunciado, independentemente de se considerar que a parte teria direito a um quinhão maior. Isto é, o provimento jurisdicional a ser eventualmente proferido deverá observar o limite de condenação da parte adversa de acordo com os 60 salários mínimos na época do ajuizamento.

4. Desde que não se discuta direito de pessoas incapazes, trata-se de direito patrimonial disponível da parte, não restando mácula quanto à renúncia livre e conscientemente manifestada e, dessa forma, caracteriza-se a competência absoluta do Juizado Especial Federal para processar e julgar a demanda previdenciária.

5. Sedimentando qualquer controvérsia ainda remanescente sobre a possibilidade de renúncia a valor excedente a sessenta salários mínimos para fixação da competência do Juizado Especial Federal, independentemente de serem atingidas prestações vencidas ou vincendas, a 1ª Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do tema representativo de controvérsia de natureza repetitiva n.º 1.030 (REsp n.º 1.807.665/SC), em 28.10.2020, fixou tese no sentido de que, ao autor que deseje litigar no âmbito de Juizado Especial Federal Cível, é lícito renunciar, de modo expresso e para fins de atribuição de valor à causa, ao montante que exceda os sessenta salários mínimos previstos no artigo 3º, caput, da Lei n.º 10.259/01, aí incluídas, sendo o caso, as prestações vincendas.

6. É possível, por ato igualmente inequívoco, a retratação da renúncia aos valores excedentes ao limite de alçada do JEF, desde que a expressa manifestação da retratação ocorra até a prolação de sentença, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural e à segurança jurídica, dada a efetiva fixação da competência do Juizado Especial Federal no ato da distribuição, sem ocorrência de qualquer situação apta a excepcionar a perpetuatio jurisdictionis.

7. Conflito negativo de competência julgado procedente, declarando-se o Juizado Especial Federal de Americana/SP e, por conseguinte, a 15ª Turma Recursal do

Juizado Especial Federal da 3ª Região em São Paulo/SP competentes para processar e julgar a ação previdenciária ajuizada.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5002359-75.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 31/05/2021, Intimação via sistema DATA: 01/06/2021 – g.n.)

No mesmo diapasão, paradigma de minha Relatoria:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. VALOR DA CAUSA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”, consoante julgamento em recurso repetitivo pelo STJ (REsp 1.704.520/MT).

O valor da causa deve guardar correlação com o conteúdo econômico da pretensão deduzida e que possa ser aferível pela narrativa contida na inicial.

Tratando-se de matéria de ordem pública, poderá ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o magistrado, de ofício, determinar a sua alteração, quando for atribuído à causa valor manifestamente discrepante quanto ao seu real conteúdo econômico.

O STJ firmou o entendimento no sentido de que, na hipótese de ações envolvendo prestações vencidas e vincendas, o valor da causa deverá corresponder à soma das prestações vencidas mais doze parcelas vincendas, nos termos do art. 260 do CPC/1973 e art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, interpretado conjuntamente com o art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/01:

A competência dos Juizados Especiais Federais vem expressamente definida no caput do art. 3º da Lei 10.259/01, que a limitou às causas cujo valor não exceda a alçada de sessenta salários mínimos.

*O valor da causa não se confunde com o valor da condenação a título de atrasados, o qual não está limitado a 60 salários mínimos e, portanto, não afasta a competência dos Juizados Especiais Federais. Tal se infere do art. 17, § 4º, da Lei 10.259/01, que prevê, de forma expressa, o pagamento nos Juizados por meio de precatórios.*

Trata-se de competência absoluta, determinada exclusivamente pelo valor da causa, e não pela complexidade da matéria, consoante Súmula 20 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região.

A decisão agravada declara que o valor da causa é inferior ao limite de alçada, sem, todavia, demonstrar como chegou a valor diverso.

Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5031274-37.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO, julgado em 20/06/2022, DJEN DATA: 24/06/2022 – g.n.)

Destarte, declaro a competência do Juízo Suscitado a trato da ação originária.

De conseguinte, JULGO PROCEDENTE O CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

É como voto.

Juíza Federal Convocada Monica Bonavina

# **Direito Processual Penal**





**REVISÃO CRIMINAL**  
**5000120-98.2021.4.03.0000**

Requerente: ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA  
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 26/10/2022

**EMENTA**

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE CRIMES. ARTIGO 157, § 2º, II, C.C. ARTIGOS 71 E 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO EM DESACORDO COM O ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE PROVAS INDEPENDENTES DA AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE.

1. Denota-se que a única prova substancial que embasou a condenação foi o reconhecimento fotográfico realizado pela vítima na Delegacia de Polícia, executado em desacordo com as disposições do art. 226 do Código de Processo Penal, e não ratificado em juízo.

2. De acordo com o novel entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento de pessoa, presencial ou fotográfico, realizado na fase indiciária, somente tem força probante acerca da autoria delitiva se observadas as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outros elementos de prova colhidos em juízo, sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. Precedentes do STJ e do STF.

3. Assim, considerando os vícios existentes na maneira como foi realizado o procedimento de reconhecimento em sede policial, e diante da ausência de outras provas, que por si mesmas, conduzissem à demonstração da autoria revestidas de independência, torna-se forçosa a absolvição do requerente.

4. Pedido revisional julgado procedente.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o pedido revisional para absolver ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA das imputações deduzidas, , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**RELATÓRIO**

Trata-se de revisão criminal ajuizada por ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, em face da



sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara Federal de Santos/SP (autos nº 0006126-09.2016.403.6104), que o condenou pela prática dos crimes descritos no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, por 03 (três) vezes, em continuidade delitiva (CP, art. 71), art. 157, caput, do Código Penal, por 2 (duas) vezes, e art. 157, § 2º, II, do Código Penal, todos estes em concurso material (CP, art. 69).

A sentença (ID 221799961, pp. 119/133) transitou em julgado para a acusação em 03/12/2019 e para a defesa em 08/04/2019 (ID 221799961, p. 172).

O requerente articula, em síntese, que a defesa técnica oferecida nos autos de origem foi deficiente, porque não trouxe qualquer argumento que demonstrasse sua inocência, e não recorreu da sentença que o condenou a mais de 20 (vinte) anos de reclusão. Aduz vulneração ao art. 261, do Código de Processo Penal, e art. 5º, LV, da Constituição da República, o que impõe a anulação da sentença. Assevera terem recaído severas dúvidas acerca da autoria, no tocante ao reconhecimento do requerente, vez que a autoria dos delitos imputados foi comprovada apenas por seu reconhecimento fotográfico. Acrescenta que somente foram ouvidas testemunhas de acusação, malgrado fosse possível a localização de pessoas que comprovassem sua inocência. Relata o contato da Defensoria com sujeitos que informaram que ele estava trabalhando por ocasião dos fatos. Pede seja a presente apensada aos autos de origem, o reconhecimento da nulidade do processo por ausência de defesa e, subsidiariamente, sua conversão em diligência para oitiva de testemunhas, julgando-se procedente o pedido, com consequente absolvição (ID 150868148).

A Exma. Procuradora Regional da República, Dra. Janice Agostinho Barreto Ascari, opinou pela improcedência do pedido revisional (ID 251760374).

É O RELATÓRIO.

À revisão, nos termos regimentais.

## VOTO

*Do Cabimento da Revisão Criminal.* Consoante reiteradas decisões deste Tribunal (v.g. RVC 00272252420104030000, Márcio Mesquita, E-DJF3 Judicial 1 Data:16.07.2013; RVC 00122644420114030000, Cotrim Guimarães, E-DJF3 Judicial 1 Data:20.12.2012; RVC 00063749020124030000, Cecilia Mello, E-DJF3 Judicial 1 Data: 29.04.2013), a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no art. 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.

Nessa ordem de ideias, considerando que para o conhecimento da revisão criminal basta a mera afirmação de que está ou estão presentes uma ou mais hipóteses de cabimento previstas em cada um dos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, conheço do presente pedido revisional, eis que a efetiva ocorrência das referidas hipóteses é matéria reservada ao mérito da ação.

*Do Mérito da Revisão Criminal.* Inicialmente, insta consignar que na ação penal originária nº 0006126-09.2016.403.6104, juntada aos presentes autos, o requerente foi denunciado pela prática dos crimes descritos no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, por 03 (três) vezes, em continuidade delitiva (CP, art. 71), art.

157, *caput*, do Código Penal, por 2 (duas) vezes, e art. 157, § 2º, II, do Código Penal, todos estes em concurso material (CP, art. 69).

*Do caso dos autos.* Consta dos autos originários (IDs 221799959 a 221802038) que o requerente foi denunciado de acordo com a seguinte narrativa (ID 221799961, pp. 6/8):

"[...] Consta do incluso inquérito policial que no dia 01 de novembro de 2014, por volta das 11h10min., na Rua Capitão Alberto Mendes Júnior, altura do n.º 138, Bairro Jardim Boa Esperança, Guarujá/SP, ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA, agindo em concurso de pessoas OIN com outros quatro indivíduos não identificados, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça, consistente em simulação de porte de arma de fogo, exercida contra o empregado público (carteiro) Rodrigo Sales Coelho, 17 (dezessete) caixas de encomendas/sedex (descritas a fls. 54), em prejuízo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução acima - no dia 08 de novembro de 2014, às 10h30min., na Rua Esdras, Bairro Esplanada do Castelo, Guarujá/SP -, ou seja, em continuidade delitiva, ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA, agindo em concurso de pessoas com outros dois indivíduos não identificados, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça, consistente no emprego de objeto que aparentava ser arma de fogo, exercida contra o empregado público (carteiro) Rodrigo Sales Coelho, 10 (dez) caixas de encomendas/sedex (descritas a fls. 56).

Ainda nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução - dia 25 de novembro de 2014, às 14h00min., na Rua Eduardo, altura do n.º 263, Bairro Esplanada Castelo, Guarujá/SP -, ou seja, ainda em continuidade delitiva dos fatos narrados anteriormente, ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA, agindo em concurso de pessoas com outros quatro indivíduos não identificados, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça, consistente em simulação de porte de arma de fogo, exercida contra o empregado público (carteiro) Rodrigo Sales Coelho, 4 (quatro) caixas de encomendas/sedex (descritas a fls. 4), em prejuízo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Consta também do incluso inquérito policial que, no dia 27 de março de 2015, às 13h30min., na Rua Eduardo, altura do n.º 310, Bairro Esplanada do Castelo, Guarujá/SP, ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA, subtraiu, para si, mediante grave ameaça, consistente no emprego de objeto que aparentava ser arma de fogo, exercida contra o empregado público (carteiro) Rodrigo Sales Coelho, 4 (quatro) encomendas/sedex, em prejuízo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. No dia 29 de junho de 2015, às 13h40min., na Av. Osvaldo Aranha, altura do n.º 259, Bairro Jardim Maravilha, Guarujá/SP, ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA, agindo em concurso de pessoas com outro indivíduo não identificado, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça, consistente em simulação de porte de arma de fogo, exercida contra o empregado público (carteiro) Rodrigo Sales Coelho, 4 (quatro) encomendas/sedex, em prejuízo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Consta, por fim, que em 11 de janeiro de 2016, às 14h30min., na Av. Atlântica, altura do n.º 1.005, Bairro Paecará, Guarujá/SP, ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA, subtraiu, para si, mediante grave ameaça, consistente em simulação de porte de arma de fogo, exercida contra o empregado público (carteiro) Rodrigo Sales Coelho, 2 (duas) encomendas, em prejuízo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. [...]"

O juízo *a quo* condenou o requerente à pena de 20 (vinte) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 51 (cinquenta e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática dos delitos previstos no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, por 03 (três) vezes, em continuidade delitiva (CP, art. 71), art. 157, *caput*, do Código Penal, por 2 (duas) vezes, e art. 157, § 2º, II, do Código Penal, todos estes em concurso material (CP, art. 69) (ID 221799961, pp. 119/133).

A sentença (ID 221799961, pp. 119/133) transitou em julgado para a acusação em 03/12/2019 e para a defesa em 08/04/2019 (ID 221799961, p. 172).

*Das razões da presente revisão criminal.* O requerente sustenta a ausência de defesa no feito originário, ressaltando que a prova da autoria amparou-se apenas em duvidoso reconhecimento fotográfico realizado em sede inquisitiva.

De início, não identifico a suscitada fragilidade na defesa técnica, uma vez que a defensora dativa atuante exerceu seu mister regularmente, apresentando as peças necessárias, e pugnou pela absolvição do requerente em sede de memoriais, ao argumento de insuficiência de provas para a condenação, e que, apesar de ele ter sido identificado pela vítima, o reconhecimento gerou dúvidas acerca da autoria (ID 221799961, pp. 116/117).

De acordo com a orientação da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

No entanto, compulsando detidamente os autos, verifico que a autoria não foi restou comprovada, de modo que a sentença condenatória baseou-se em prova nula e contrária a texto expresso de lei.

Denota-se que a única prova substancial que embasou a condenação foi o reconhecimento fotográfico realizado pela vítima na Delegacia de Polícia, executado em desacordo com as disposições do art. 226 do Código de Processo Penal, e não ratificado em juízo.

De acordo com o novel entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento de pessoa, presencial ou fotográfico, realizado na fase indiciária, somente tem força probante acerca da autoria delitiva se observadas as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outros elementos de prova colhidos em juízo, sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. Confira-se:

“*HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de

Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em

que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo “processualmente admissível e válido” (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) *À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;* 3) *Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;* 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.” (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020) – grifei.

No mesmo sentido, decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO NO *HABEAS CORPUS*. CONHECIMENTO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADMITE O MANEJO EXCEPCIONAL DO *HABEAS CORPUS* COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL, EM CASOS DE MANIFESTA ILEGALIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO, EMBORA RENOVADO EM JUÍZO, AMBOS



EM DESACORDO COM O REGIME PROCEDIMENTAL PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SUPERAÇÃO DA IDEIA DE “MERA RECOMENDAÇÃO”. TIPICIDADE PROCESSUAL, SOB PENA DE NULIDADE. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em *habeas corpus* provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.” (RHC 206846, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, DJe- 24/05/2022)

Assim, considerando os vícios existentes na maneira como foi realizado o procedimento de reconhecimento em sede policial, e diante da ausência de outras provas, que por si mesmas, conduzissem à demonstração da autoria revestidas de independência, torna-se forçosa a absolvição do requerente.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido revisional para absolver ALAN OLIVEIRA DOS SANTOS LIMA das imputações deduzidas.

É O VOTO.

Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do requerente.

### **VOTO**

*O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO:*

Pedi vista dos autos para melhor analisar alguns aspectos fáticos do caso. Após fazê-lo, concluo por acompanhar o e. Relator.

Trata-se de revisão criminal de sentença condenatória, na qual o único fundamento da condenação, relativamente à autoria, foi o reconhecimento fotográfico do réu feito pela vítima (carteiro) após examinar álbum de fotos que lhe havia sido mostrado na delegacia de polícia e por ela confirmado ao ser ouvida em juízo.

Assisti ao vídeo do depoimento do carteiro e ele afirmou, em síntese, que após vários boletins de ocorrência de roubo (que havia sofrido), no último lhe foi mostrado o álbum de fotografias de pessoas que cometiam roubos na região, tendo ele reconhecido o acusado, de alcunha “Dentinho”.

Apesar de o carteiro parecer seguro ao afirmar que fora o réu (“Dentinho”) quem o roubara várias vezes, o fato é que o procedimento de reconhecimento na delegacia de polícia não obedeceu o que estabelece o art. 226 do Código de Processo Penal.



Além disso, observo que o acusado não compareceu ao interrogatório, tendo, por isso, sido declarado revel pelo juízo (CPP, art. 367). Todavia, essa revelia não gera a conclusão de que ele tenha praticado os fatos a ele imputados na denúncia.

Por essa razão, concordo com a conclusão do e. Relator, na linha dos precedentes por ele citados, de que há nulidade insanável na prova utilizada pelo juízo de primeiro grau para condenar o réu, sendo, por isso, *procedente a revisão criminal*, com base no art. 621, I, do Código de Processo Penal, devendo o requerente ser *absolvido* com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

*É o voto.*

## **“HABEAS CORPUS” CRIMINAL**

### **5027168-95.2022.4.03.0000**

Paciente: MOISES FRANCISCO GOMES JUNIOR  
Impetrante: CLEIDSON MOURA DE ALMEIDA  
Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TAUBATÉ/SP - 2ª VARA FEDERAL  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/11/2022

### **EMENTA**

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. FIANÇA. ISENÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A fiança deve funcionar como forma de inibir a reiteração delitiva, de modo que deve corresponder a quantia que possua envergadura suficiente para vincular o flagrado ao Juízo e desestimular a prática de condutas criminosas futuras.
2. Há de ser dispensado o recolhimento de fiança quando o valor arbitrado for excessivo para ser suportado pelo paciente.
3. Ordem de habeas corpus concedida para isentar o paciente do pagamento da fiança, mantendo-se as demais medidas cautelares anteriormente fixadas.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu, conceder a ordem de habeas corpus requerida para dispensar o paciente do pagamento do valor da fiança arbitrada na sentença, mantendo-se, entretanto, as demais medidas cautelares alternativas à prisão fixadas pelo juízo impetrado, as quais poderão ser modificadas ou adaptadas, a qualquer tempo, se necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Cleidson Moura de Almeida, com pedido de liminar, em favor de *Moises Francisco Gomes Junior* contra ato imputado ao Juízo Federal da 2ª Vara em Taubaté/SP que, reestabeleceu a prisão preventiva imposta ao paciente nos Autos n. 5000248-88.2021.4.03.6121/SP, em razão do não recolhimento de fiança, no importe de R\$3.300,00 (três mil e trezentos reais), que lhe foi imposta, em razão das práticas delitivas previstas pelo artigo 155, §4º, I e IV, do Código Penal (furto qualificado) e pelo artigo 244-B da Lei n. 8.069/90 (corrupção de menor), em concurso formal (Id. 264779652).

Alega o impetrante, em síntese, o seguinte:

a) o paciente está sendo processado pela prática de furto, tendo sido posto em liberdade provisória após audiência de custódia com fixação de fiança em 3 salários-mínimos, e comparecimento ao juízo;

b) no entanto, por não ter cumprido as exigências, em especial pelo não recolhimento da fiança, teve decretada sua prisão preventiva, e de forma espontânea compareceu aos autos por seu advogado requerendo o restabelecimento da liberdade provisória com expedição de contramandado de prisão, tendo o Ministério Público se manifestado de forma favorável;

c) assim, em razão de o Juízo de primeiro grau entender presentes circunstâncias judiciais favoráveis restabeleceu a liberdade provisória, porém, condicionou-a ao recolhimento da fiança e atualização de endereço do paciente;

d) a defesa se insurgiu declarando a hipossuficiência do paciente bem como juntou comprovante de residência demonstrando que o endereço antes fornecido estava correto, porém, a juízo manteve a decisão de manutenção da fiança sob o argumento de que o paciente declarou ser feirante quando foi posto em liberdade em audiência de custódia;

e) ocorre que o paciente não mais trabalha como feirante, e ainda que fosse o caso, não tem condições de pagar o valor de R\$ 3,619,00, que seria o valor de 3 três salários-mínimos atualmente, sendo que sequer houve análise do pedido para redução do valor da fiança. Ressalta que os autos estão aguardando certidão criminal Estadual e Federal para análise de oferta de acordo de não persecução penal, posto que o paciente é primário, sem qualquer condenação anterior, o que de fato levará a proposta de acordo pelo Ministério Público e que, via de regra, será aceita pelo paciente, não se justificando o rigor do magistrado, tornando a decisão manifestamente ilegal;

Requer o impetrante o deferimento do pedido liminar para que o paciente seja dispensado do pagamento da fiança arbitrada, com sua imediata dispensa e expedição de contramandado de prisão já deferido pela autoridade coatora. No mérito, requer a concessão da ordem.

Foram juntados documentos aos autos.

O pedido liminar foi deferido para dispensar o paciente do recolhimento da fiança arbitrada, determinando-se a expedição de contramandado de prisão.

Informações prestadas pela autoridade impetrada.

A Procuradora Regional da República, Dra. Adriana Scordamaglia, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

## **VOTO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado, com pedido de liminar, em favor de *Moises Francisco Gomes Junior* contra ato imputado ao Juízo Federal da 2ª Vara em Taubaté/SP que, condicionou a expedição de contramandado de prisão em desfavor do paciente ao prévio recolhimento de fiança, que lhe foi imposta nos autos n. 5000248-88.2021.4.03.6121/SP, no importe de R\$ 3.300,00 (três mil e trezentos reais), em razão das práticas delitivas previstas pelo artigo 155, §4º, I e IV, do Código Penal (furto qualificado) e pelo artigo 244-B da Lei n. 8.069/90 (corrupção de menor), em concurso formal (Id. 264779652).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito pela suposta prática dos crimes previstos no artigo 155, §4º, I e IV, do Código Penal (furto qualificado) e no artigo 244-B da Lei n. 8.069/90 (corrupção de menor), em concurso formal, no dia 10/01/2021, porque em conluio com outras duas pessoas, subtraiu, para si envelopes depositados no interior dos terminais eletrônicos situados na agência da Caixa Econômica Federal, mediante arrombamento dos citados equipamentos (cfr. Id 57329779, pág. 2, dos autos originários).

Por ocasião da apreciação do pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, foi deferida a liberdade da paciente mediante aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, dentre elas o pagamento de fiança no valor de 3 (três) salários-mínimos (cfr. Id 263892991, dos autos originários).

No entanto, em razão de o paciente não proceder ao recolhimento de já mencionado valor, o Juízo de primeiro grau, assim se manifestou (Id 263892991, dos autos originários):

(...)

A Defesa do réu Moisés Francisco Gomes Júnior requereu a expedição de “contra-mandado de prisão tendo em vista já ter sido concedida a LIBERDADE PROVISÓRIA, para que se veja processado livremente sem a necessidade de recolher a fiança, se comprometendo desde logo a comparecer a todos os atos a que for intimado.” Alega que se trata de “(...) pessoa de baixa renda, e o Brasil vive uma crise clara, não tendo portanto, o acusado condições financeiras de arcar nesse momento com o valor de R\$ 3.300,00 e posteriormente com o valor a ser solicitado pelo Ministério Público, logo, requer a defesa técnica que seja dispensada nesse momento a fiança e mantidas as demais condições impostas pelo juízo, que serão integralmente cumpridas pelo acusado.”

Alega que é o indiciado é “manifestamente pobre com escassos recursos financeiros, sendo a hipótese de aplicação do artigo 325 cc 322 e 323 do CPP”.

Requer, ainda, caso o entendimento do juízo seja em sentido diverso, que “seja revisto o valor arbitrado com substancial diminuição, posto que trata-se conforma já mencionamos de pessoa de baixa renda, com mínimos recursos, sendo portanto pobre, conforma se demonstra inclusive pelo não recolhimento da fiança anteriormente arbitrada.”

Relatei.

Fundamento e decido.

A fixação da fiança é questão já definida na decisão que concedeu a liberdade provisória (Num. 45133284 - Pág. 29/33).

O réu – então indiciado – não se insurgiu contra a fiança fixada na decisão concessiva da liberdade provisória, e além de não recolher os valores arbitrados, não requereu sua dispensa e não foi localizado nos endereços declinados, o que motivou a decretação da prisão preventiva (Num. 251372763).

Posteriormente, o réu requereu a revogação da prisão preventiva e manutenção da liberdade provisória, sem insurgir-se com relação à fiança anteriormente arbitrada (Num. 260666235).

O MPF manifestou-se pelo restabelecimento da liberdade provisória mediante recolhimento da fiança já arbitrada e demais condições (Num. 262248111), tendo a decisão Num. 262481101 restabelecido o benefício, nos termos e condições já definidos anteriormente, bem como fornecimento pelo réu do seu endereço atualizado. O réu, contudo, não forneceu seu endereço atualizado e não recolheu a fiança arbitrada, requerendo agora sua dispensa alegando ser pessoa pobre. Tal alega-

ção, contudo, veio desacompanhada de qualquer suporte probatório e é contraditória com a profissão de feirante declinada pelo réu por ocasião da realização da audiência de custódia (Num. 45133284 - Pág. 29/33).

Dessa forma, à míngua de qualquer comprovação na alteração da situação fática, é de ser mantida a fiança anteriormente arbitrada.

Pelo exposto, concedo ao réu o prazo adicional de cinco dias para que forneça o endereço atualizado, bem como comprove o recolhimento da fiança, sob pena de restabelecimento da prisão preventiva.

Desde que cumpridas as condições, expeça-se contramandando de prisão.

Está configurado o alegado constrangimento ilegal.

A pena máxima do delito de furto qualificado previsto no art. 155, §4º, do Código Penal, é de 8 (oito) anos de reclusão, e a de corrupção de menores (artigo 244-B da Lei n. 8.069/90) é de 4 (quatro) anos, o que enseja a aplicação do art. 325, II, do Código de Processo Penal, segundo o qual a fiança será fixada, nessa hipótese, entre 10 (dez) e 200 (duzentos) salários-mínimos. Acrescentam os incisos I e II do § 1º desse dispositivo que esse valor pode ser dispensado, na forma do art. 350 do Código de Processo Penal, ou reduzido até o máximo de 2/3 (dois terços).

O art. 326 do Código estabelece que, para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

O impetrante postula, em síntese, a dispensa do pagamento da fiança em decorrência da situação financeira da paciente.

A despeito da ausência de documentos que demonstrem condição financeira precária do paciente a ponto de afastar a exigência de recolhimento de fiança (CPP, art. 350), o paciente declarou ser pessoa com rendimento mensal de R\$ 900,00 (novecentos reais), de profissão feirante, sem condição de arcar com os valores da fiança arbitrada em seu desfavor, sem que haja nos autos menção à prova em contrário, razão pela qual mostra-se razoável a dispensa da fiança (cfr. Id 45133285. Pág. 56, dos autos originários).

Com efeito, a fiança não constitui punição ao agente que pratica um ilícito penal. Trata-se de medida cautelar diversa da prisão legalmente prevista (art. 319, *caput*, VIII, CPP) que visa assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo e evitar a obstrução do andamento processual ou, ainda, que pode ser aplicada em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Assim, considerando a natureza da infração e grau de periculosidade do paciente, vislumbro a possibilidade de liberdade provisória nos casos que o paciente não possui condições de arcar com o valor arbitrado a título de fiança.

Ante o exposto, *concedo a ordem de habeas corpus* requerida para dispensar o paciente do pagamento do valor da fiança arbitrada na sentença, mantendo-se, entretanto, as demais medidas cautelares alternativas à prisão fixadas pelo juízo impetrado, as quais poderão ser modificadas ou adaptadas, a qualquer tempo, se necessário.

É o voto.

# **Direito Tributário**







## **AGRAVO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA**

### **5005052-58.2018.4.03.6104**

Apelantes: W & S SAURA LTDA, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL  
Apelados: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, W & S SAURA LTDA  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/11/2022

#### **EMENTA**

AGRAVO INTERNO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TEMA 1014 STJ. TESE FIRMADA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. IMEDIATA APLICAÇÃO. TEMA 1014 STJ. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS DE CAPATAZIA. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Com o julgamento dos Recursos Especiais 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, submetidos ao rito dos repetitivos (Tema nº 1.014), o STJ definiu que os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação.
2. Ao discutir a ilegalidade da inclusão de todas as despesas com frete, seguro e manuseio feita via decreto, o processo trata exatamente da questão discutida no Tema 1014 STJ (inclusão da capatazia). Art. 40 da Lei 12.815/17.
3. A decisão monocrática não merece reparos, pois adotou o entendimento estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, submetidos ao rito dos repetitivos (Tema nº 1.014), segundo o qual os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação.
4. Como o julgamento pelo STJ ocorreu sob a sistemática dos recursos repetitivos, impõe-se sua aplicação para o caso em tela, conforme determina o artigo 927 do CPC. Precedentes deste Tribunal.
5. Agravo interno não provido.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

#### **RELATÓRIO**

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por *W & S Saura Ltda.* em face de

decisão monocrática ID 251427744, que rejeitou seus embargos de declaração opostos em face da decisão monocrática ID 174478969, nos seguintes termos:

“É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.

De início, cumpre asseverar que a decisão embargada foi clara ao dispor que é cabível o julgamento monocrático, nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil, por se tratar de tema com jurisprudência dominante em Tribunal Superior. Ademais, não há que se falar em nulidade do julgamento ou em violação às garantias da ampla defesa e do devido processo legal, pois, consoante o disposto no artigo 1021 do Código de Processo Civil, em face da decisão monocrática é cabível agravo interno para o órgão colegiado.

No mérito, tampouco merecem prosperar as alegações da embargante.

Não houve, na decisão embargada, omissão quanto ao objeto da ação. Pelo contrário. A decisão embargada, fundamentadamente, dispôs que, conforme a previsão da Lei n. 12.815/2013, “os serviços de carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, representam a atividade de capatazia” e que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a Instrução Normativa n. 327/2003 não inovou no ordenamento jurídico porque observou os limites do acordo internacional, bem como respeitou o Decreto 6.759/2009 e a respectiva legislação de regência.

Assim, considerando a novel jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em julgado prolatado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia (artigo 1036 e ss. do Código de Processo Civil de 2015), segundo a qual “os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação”, a decisão embargada deu provimento à remessa necessária e à apelação da União e julgou prejudicada a apelação da impetrante.

Esclareceu a decisão impugnada, ademais, que conforme entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de aguardar o trânsito em julgado do referido precedente para sua aplicação imediata, uma vez que já publicado o acórdão paradigma.

Nesse mesmo sentido, a corroborar o já esposado na decisão embargada:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DO RECURSO REPETITIVO PARA APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA. VALOR ADUANEIRO. DESPESAS DE CAPATAZIA. INCLUSÃO. LEGALIDADE DO ART. 4º, § 3º, DA IN SRF 327/2003. ENTENDIMENTO ADOTADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, RESP 1.799.306/RS, NA ASSENTADA DE 11.3.2020. TEMA 1.014.

1. *Desnecessidade de trânsito em julgado do recurso repetitivo para fins de aplicação da tese firmada, sobretudo quando já publicado o acórdão paradigma. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 30.996/SP, Rel. Ministro Celso DE Mello, julg. em 09/08/2018, pub. no DJe de 14/08/2018.*

2. A Primeira Seção desta Corte, na assentada de 11.3.2020, concluiu, por maioria, o julgamento dos REsp nºs 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, na sistemática dos recursos especiais repetitivos, tema 1.014, DJe de 18.5.2020, dando provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL no sentido de entender pela inclusão das despesas relativas à capatazia no valor aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação, reconhecendo a legalidade da IN SRF n. 327/2003, que não teria extrapolado o Decreto 6.759/2009 e demais legislação de regência.

3. Agravo interno não provido.” (AgInt nos EDcl no Agravo em REsp 1.577.500/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 30/11/2020) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DO RECURSO REPETITIVO PARA APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA. VALOR ADUANEIRO. DESPESAS DE CAPATAZIA. INCLUSÃO. LEGALIDADE DO ART. 4º, § 3º, DA IN SRF 327/2003. ENTENDIMENTO ADOTADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, RESP 1.799.306/RS, NA ASSENTADA DE 11.3.2020. TEMA 1.014. 1. Impossibilidade de análise de ofensa a dispositivos da Constituição Federal em sede de recurso especial, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário.

2. *Desnecessidade de trânsito em julgado do recurso repetitivo para fins de aplicação da tese firmada, sobretudo quando já publicado o acórdão paradigma. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 30.996/SP, Rel. Ministro Celso DE Mello, julg. em 09/08/2018, pub. no DJe de 14/08/2018.*

3. A Primeira Seção desta Corte, na assentada de 11.3.2020, concluiu, por maioria, o julgamento dos REsp nºs 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, na sistemática dos recursos especiais repetitivos, tema 1.014, DJe de 18.5.2020, dando provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL no sentido de entender pela inclusão das despesas relativas à capatazia no valor aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação, reconhecendo a legalidade da IN SRF n. 327/2003, que não teria extrapolado o Decreto 6.759/2009 e demais legislação de regência.

4. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AgInt no REsp 1753132/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 02/09/2020) (grifei)

Vê-se, deste modo, que o julgado foi claro e pautou-se em abalizada jurisprudência acerca do tema, não havendo que se falar em omissão.

Nesse quadro, tem-se que o questionamento de decisão com sustentáculo em pretenso vício de omissão, quando se verifica que a questão foi devidamente tratada no julgado, aponta para típico e autêntico inconformismo com a decisão, contrariedade que não enseja o acolhimento do presente recurso, uma vez que inexistente qualquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

De outra parte, no tocante ao prequestionamento, frise-se que é desnecessária a referência expressa aos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da questão, à luz dos temas invocados, é mais do que suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores.

Por fim, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no Código de Processo Civil, sem o que se torna inviável seu acolhimento.

Ante o exposto, *rejeito os embargos de declaração.*”

A decisão monocrática ID 174478969, por sua vez, havia sido assim prolatada:

“Nos termos do artigo 932 do CPC, incumbe ao relator, por decisão monocrática: não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou não impugnado em especí-

fico quanto aos fundamentos da decisão recorrida (inciso III); negar provimento a recurso contrário a súmulas de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso IV, a), a julgados repetitivos de Cortes Superiores (inciso IV, b) e a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso IV, c); e, facultadas contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunais Superiores ou da própria Corte (inciso V, a), julgado repetitivo de Cortes Superiores (inciso V, b), e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso V, c).

Segundo a Corte Superior, a legislação processual também permite "ao relator decidir monocraticamente o recurso, quando amparado em jurisprudência dominante ou Súmula de Tribunal Superior, consoante exegese do artigo 932, IV e V, do CPC/2015. Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt nos EDcl no CC 139.267, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 18/11/2016; AINTARESP 1.524.177, Rel. Min. MARCO BELLIZZE, DJE 12/12/2019; AIRES 1.807.225, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 26/11/201; AIRES 1.702.970, Rel. Min. PAULO SANSEVERINO, DJE 30/08/2019; AIRES 1.365.096, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJE 01/07/2019; e AIRES 1.794.297, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE 12/06/2019).

A hipótese comporta julgamento sob tais parâmetros.

Com efeito, a questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de o autor obter a declaração de exclusão, da base de cálculo do Imposto de Importação, das despesas incorridas com a descarga e manuseio da mercadoria que já se encontra em território nacional ("capatazia").

Quanto a este tema, cumpre asseverar que, em consonância com o Acordo de Valoração Aduaneira, o Decreto 6759/09 já estabelecia que:

*"Art. 77. Integram o valor aduaneiro, independentemente do método de valoração utilizado (Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 8, parágrafos 1 e 2, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 1994; e Norma de Aplicação sobre a Valoração Aduaneira de Mercadorias, Artigo 7º, aprovado pela Decisão CMC nº 13, de 2007, internalizada pelo Decreto nº 6.870, de 4 de junho de 2009): (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).*

*I - o custo de transporte da mercadoria importada até o porto ou o aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro;*

*II - os gastos relativos à carga, à descarga e ao manuseio, associados ao transporte da mercadoria importada, até a chegada aos locais referidos no inciso I; e*

*III - o custo do seguro da mercadoria durante as operações referidas nos incisos I e II."* (grifei)

A Instrução Normativa 327/2003, por sua vez, dispunha que:

*"Art. 4º Na determinação do valor aduaneiro, independentemente do método de valoração aduaneira utilizado, serão incluídos os seguintes elementos:*

*I - o custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro;*

*II - os gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas, até a chegada aos locais referidos no inciso anterior; e*

*III - o custo do seguro das mercadorias durante as operações referidas nos incisos I e II.(...)*

*§ 3º Para os efeitos do inciso II, os gastos relativos à descarga da mercadoria do veículo de transporte internacional no território nacional serão incluídos no*

*valor aduaneiro, independentemente da responsabilidade pelo ônus financeiro e da denominação adotada.” (grifei)*

O conceito de capatazia, por seu turno, foi definido pela Lei 12.815/2013, em seu artigo 40, a saber:

“Art. 40. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

*§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se:*

*I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;”*

De fato, o entendimento que prevalecia na jurisprudência era o de que, ao permitir que fossem computados, no valor aduaneiro, os gastos com descarga da mercadoria no território nacional, a Instrução Normativa SRF 327/2003 desbordava os limites impostos pelo Acordo de Valoração Aduaneira e pelo Decreto nº 6.759/2009 e trazia uma inovação no ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante, com o julgamento dos Recursos Especiais 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, submetidos ao rito dos repetitivos (Tema nº 1.014), o Superior Tribunal de Justiça definiu que os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação. Veja-se:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS COM CAPATAZIA.

I - O acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT 1994), no art.VII, estabelece normas para determinação do “valor para fins alfandegários”, ou seja, “valor aduaneiro” na nomenclatura do nosso sistema normativo e sobre o qual incide o imposto de importação.

Para implementação do referido artigo e, de resto, dos objetivos do acordo GATT 1994, os respectivos membros estabeleceram acordo sobre a implementação do acima referido artigo VII, regulado pelo Decreto n. 2.498/1998, que no art. 17 prevê a inclusão no valor aduaneiro dos gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação. Esta disposição é reproduzida no parágrafo 2º do art. 8º do AVA (Acordo de Valoração Aduaneira).

II - *Os serviços de carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, representam a atividade de capatazia, conforme a previsão da Lei n. 12.815/2013, que, em seu art. 40, definiu essa atividade como de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelho portuário.*

III - Com o objetivo de regulamentar o valor aduaneiro de mercadoria importada, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF 327/2003, na qual ficou explicitado que a carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas no território nacional estão incluídas na determinação do



“valor aduaneiro” para o fim da incidência tributária da exação. Posteriormente foi editado o Decreto n. 6.759/2009, regulamentando as atividades aduaneiras, fiscalização, controle e tributação das importações, ocasião em que ratificou a regulamentação exarada pela SRF.

*IV - Ao interpretar as normas acima citadas, evidencia-se que os serviços de capatazia, conforme a definição acima referida, integram o conceito de valor aduaneiro, tendo em vista que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro. Nesse panorama, verifica-se que a Instrução Normativa n. 327/2003 encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional já analisado, inocorrendo a alegada inovação no ordenamento jurídico pátrio.*

V - Tese julgada para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): *Os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação.*

VI - Recurso provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

(REsp 1799306/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 19/05/2020) (grifei)

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, por conseguinte, que os serviços de capatazia integram o conceito de valor aduaneiro, pois consistem nas atividades de carga, descarga, manuseio, dentre outras, que são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro.

No julgamento do acórdão paradigma, restou firmado, ademais, que a Instrução Normativa nº 327/2003 encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional e que, portanto, não inovou no ordenamento jurídico pátrio, tampouco extrapolou o Decreto 6.759/2009 ou a legislação de regência.

Sendo assim, considerando que o julgamento pelo E. STJ ocorreu sob a sistemática dos recursos repetitivos, impõe-se sua aplicação para a hipótese presente, consoante dispõe o artigo 927 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, impende esclarecer que, conforme entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de aguardar o trânsito em julgado do referido precedente para sua aplicação imediata, uma vez que já publicado o acórdão paradigma. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DO RECURSO REPETITIVO PARA APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA. VALOR ADUANEIRO. DESPESAS DE CAPATAZIA. INCLUSÃO. LEGALIDADE DO ART. 4º, § 3º, DA IN SRF 327/2003. ENTENDIMENTO ADOTADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, RESP 1.799.306/RS, NA ASSENTADA DE 11.3.2020. TEMA 1.014. 1. Impossibilidade de análise de ofensa a dispositivos da Constituição Federal em sede de recurso especial, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário. 2. Desnecessidade de trânsito em julgado do recurso repetitivo para fins de aplicação da tese firmada, sobretudo quando já publicado o acórdão paradigma. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 30.996/SP, Rel. Ministro Celso DE Mello, julg. em 09/08/2018, pub. no DJe de 14/08/2018. 3. A Primeira Seção desta Corte, na assentada de 11.3.2020, concluiu, por maioria, o julgamento dos REsp

nºs 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, na sistemática dos recursos especiais repetitivos, tema 1.014, DJe de 18.5.2020, dando provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL no sentido de entender pela inclusão das despesas relativas à capatazia no valor aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação, reconhecendo a legalidade da IN SRF n. 327/2003, que não teria extrapolado o Decreto 6.759/2009 e demais legislação de regência.4. Agravo interno não provido". (AgInt no AgInt no REsp 1.657.638, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021) Por fim, considerando a aplicação da tese firmada no Tema 1014 do Superior Tribunal de Justiça, resta prejudicada a apelação da impetrante.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO à remessa necessária e à apelação da União e JULGO PREJUDICADA apelação da impetrante.*

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/09. "

Aduz a agravante, em síntese, que:

a) o objeto do presente processo não é a inclusão da capatazia na base de cálculo dos tributos aduaneiros, mas a ilegalidade da inclusão de todas as despesas com frete, seguro e manuseio, feita via decreto;

b) os fundamentos e a causa de pedir do presente processo são diferentes dos processos objeto do Tema 1014, de modo que a Instrução Normativa n. 327/03, mencionada em ambas as decisões monocráticas, é irrelevante para o presente processo e sequer é fundamento do Recurso de Apelação da Agravante;

c) a decisão do Tema 1014 corrobora a tese da Agravante, porque o E. STJ manteve o seu entendimento de que é ilegal o alargamento da base de cálculo por ato infralegal, mas entendeu que a capatazia estaria incluída no conceito de "manuseio" – ou seja, a decisão do Tema 1014 adotou fundamento completamente diverso ao do presente processo;

d) os argumentos debatidos no presente processo jamais foram analisados pelo E. STJ.

Com contraminuta ao agravo interno, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Pretende a autora, com o presente agravo interno, reformar a decisão monocrática que deu provimento à apelação da União e à remessa necessária e julgou prejudicada a apelação da impetrante.

Aduz a agravante, em síntese, que os fundamentos e a causa de pedir do presente processo seriam diferentes dos processos paradigma que são objeto do Tema 1014 STJ. Isso porque se estaria discutindo, *in casu*, a ilegalidade da inclusão de todas as despesas com frete, seguro e manuseio feita via decreto, ao passo que, no Tema 1014 STJ, o objeto é a inclusão da capatazia na base de cálculo dos tributos aduaneiros.

Ocorre, porém, que assim dispõe a Lei 12.815/13:

“Art. 40. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - *capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;*” (grifei)

Logo, ao discutir a ilegalidade da inclusão de *todas as despesas com frete, seguro e manuseio* feita via decreto, o processo trata exatamente da questão discutida no *Tema 1014 STJ* (inclusão da capatazia).

Nesse passo, a decisão monocrática não merece reparos, pois adotou o entendimento estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, submetidos ao rito dos repetitivos (Tema nº 1.014), segundo o qual os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação. Veja-se a ementa do REsp 1.799.306/RS:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS COM CAPATAZIA.

I - O acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT 1994), no art. VII, estabelece normas para determinação do “valor para fins alfandegários”, ou seja, “valor aduaneiro” na nomenclatura do nosso sistema normativo e sobre o qual incide o imposto de importação.

Para implementação do referido artigo e, de resto, dos objetivos do acordo GATT 1994, os respectivos membros estabeleceram acordo sobre a implementação do acima referido artigo VII, regulado pelo Decreto n. 2.498/1998, que no art. 17 prevê a inclusão no valor aduaneiro dos gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação. Esta disposição é reproduzida no parágrafo 2º do art. 8º do AVA (Acordo de Valoração Aduaneira).

II - *Os serviços de carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, representam a atividade de capatazia, conforme a previsão da Lei n. 12.815/2013, que, em seu art. 40, definiu essa atividade como de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelho portuário.*

III - Com o objetivo de regulamentar o valor aduaneiro de mercadoria importada, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF 327/2003, na qual ficou explicitado que a carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas no território nacional estão incluídas na determinação do

“valor aduaneiro” para o fim da incidência tributária da exação. Posteriormente foi editado o Decreto n. 6.759/2009, regulamentando as atividades aduaneiras, fiscalização, controle e tributação das importações, ocasião em que ratificou a regulamentação exarada pela SRF.

IV - Ao interpretar as normas acima citadas, evidencia-se que os serviços de capatazia, conforme a definição acima referida, integram o conceito de valor aduaneiro, tendo em vista que tais atividades são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro. Nesse panorama, verifica-se que a Instrução Normativa n. 327/2003 encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional já analisado, incorrendo a alegada inovação no ordenamento jurídico pátrio.

V - Tese julgada para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): Os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação.

VI - Recurso provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).” (REsp n. 1.799.306/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, relator para acórdão Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 11/3/2020, DJe de 19/5/2020) (grifei)

Considerando que o julgamento pelo E. Superior Tribunal de Justiça ocorreu sob a sistemática dos recursos repetitivos, impõe-se sua aplicação para o caso em tela, conforme determina o artigo 927 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. DESPESAS DE CAPATAZIA. VALOR ADUANEIRO. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 327/2003. LEGALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NOS RESP NºS 1.799.306, 1.799.308 E 1.799.309 JULGADOS SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.799.306/RS, 1.799.308/SC e 1.799.309/PR, submetidos ao rito dos repetitivos, Tema nº 1.014, definiu que os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação, conforme acórdão publicado em 19/05/2020.

2. A Corte Superior entendeu que os serviços de capatazia integram o conceito de valor aduaneiro, tendo em vista que tais atividades, quais sejam, carga, descarga, manuseio, dentre outras, são realizadas dentro do porto ou ponto de fronteira alfandegado na entrada do território aduaneiro, tal conclusão foi extraída da análise conjunta dos artigos 77 e 79 do Decreto nº 6.759/09.

3. Ainda restou consignado, no v. acórdão, que a Instrução Normativa nº 327/2003 encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional, inexistindo a alegada inovação no ordenamento jurídico pátrio, não tendo extrapolado o Decreto nº 6.759/2009 e demais legislação de regência.

4. Considerando que o julgamento pelo E. Superior Tribunal de Justiça ocorreu sob a sistemática dos recursos repetitivos, impõe-se sua aplicação para a hipótese presente, conforme determina o artigo 927 do Código de Processo Civil vigente.

5. Apelo da União e remessa oficial providos. Apelo da impetrante desprovido.” (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000885-32.2017.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 01/07/2021, Intimação via sistema DATA: 08/07/2021) (grifei)

"MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. APELAÇÃO. SERVIÇOS DE CAPATAZIA. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NO VALOR ADUANEIRO. APELAÇÃO DA UNIÃO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PREJUDICADA.

1. De acordo com a legislação, os gastos de descarga e manuseio, até a chegada no porto, compõem o valor aduaneiro da mercadoria.
2. De outro lado, o artigo 4º, § 3º, da IN-SRF 327/2003, determina que "os gastos relativos à descarga da mercadoria do veículo de transporte internacional no território nacional serão incluídos no valor aduaneiro, independentemente da responsabilidade pelo ônus financeiro e da denominação adotada".
3. *Ocorre que em julgamento nos autos dos REsp 1799306/RS (TEMA 1014), publicado no DJe de 19/05/2020, e submetido ao rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento sentido de que "Os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação."*
4. *Desse modo, tendo em vista que o julgamento pelo E. STJ ocorreu sob a sistemática dos recursos repetitivos, impõe-se sua aplicação imediata no caso em tela, conforme determinado pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.*
5. Portanto, de rigor a reforma da sentença recorrida.
6. Indevidos honorários advocatícios.
7. Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação da parte autora prejudicada."

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5007549-45.2018.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP, julgado em 02/07/2021, Intimação via sistema DATA: 07/07/2021) (grifei)

"AGRAVO INTERNO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TESE FIRMADA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO. IMEDIATA APLICAÇÃO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DAS DESPESAS DE CAPATAZIA. TEMA 1014 STJ. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 146, III, "A" E 156, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. (...)
2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1799306/RS, 1799308/SC e 1799309/PR, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou a seguinte tese (Tema 1014): "Os serviços de capatazia estão incluídos na composição do valor aduaneiro e integram a base de cálculo do imposto de importação".
3. Restou assentado que "a Instrução Normativa n. 327/2003 encontra-se nos estreitos limites do acordo internacional já analisado, incorrendo a alegada inovação no ordenamento jurídico pátrio".
4. Na singularidade, a agravante não faz o distinguishing entre o seu caso e aquele decidido pelo STJ sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1014). Porém, argumenta que a controvérsia tem viés constitucional e deve ser analisada à luz dos arts. 153, I, 146, III, "a" e 150, I, da Constituição Federal, bem como do entendimento firmado pelo STF sobre o conceito de valor aduaneiro no RE nº 559.937/RS.
5. *No entanto, assentado que os serviços de capatazia integram o valor aduaneiro e, consequentemente, a base de cálculo do imposto de importação, deve ser rejeitada a aventada violação aos arts.146, III, "a" e 156, III, da Constituição Federal.*
6. Agravo interno improvido."

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁ-

RIA - 5000521-89.2019.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 05/10/2020, Intimação via sistema DATA: 07/10/2020) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO VALOR ADUANEIRO. IN SRF 327/2003. INCLUSÃO DAS DESPESAS COM CAPATAZIA. LEGALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NOS RESP NºS 1.799.306, 1.799.308 E 1.799.309 JULGADOS SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

1. Os serviços constantes do inciso II do artigo 17 do Decreto nº 2.498/98 (gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação) caracterizam a atividade de capatazia, conforme previsão da Lei nº 12.815/2013, incluídas as que se realizarem no porto ou local de importação.

2. A IN SRF 327/2003 foi editada com a finalidade regulamentar o valor aduaneiro da mercadoria importada, por meio da qual restou explicitada que a carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas no território nacional incluem-se na determinação do “valor aduaneiro”, o qual compõe a base de cálculo do Imposto de Importação, do PIS/COFINS-Importação e do IPI-Importação.

3. Assim, *o e. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos REsp nºs 1.799.306, 1.799.308, e 1.799.309 (Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Relator(a) p/ Acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe 19/05/2020), submetidos ao rito dos recursos repetitivos (Tema 1014), alterou o entendimento até então adotado, para entender que a IN nº 327/2003 não desbordou dos limites do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA).*

4. Apelação e remessa oficial providas para julgar improcedente o pedido, denegando a segurança.”

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001115-74.2017.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 14/09/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 16/09/2020) (grifei)

Sendo assim, a decisão agravada deve ser integralmente mantida.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/09.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO ao agravo.*

É como voto.



## **APELAÇÃO CÍVEL**

### **5003823-13.2021.4.03.6119**

Apelante: DOUGLAS WADE MALLONEE  
 Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL  
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA  
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/11/2022

### **EMENTA**

ADUANEIRO. MOEDA ESTRANGEIRA EM ESPÉCIE. INGRESSO NO TERRITÓRIO NACIONAL. EXIGIBILIDADE DE DECLARAÇÃO AO FISCO. RETENÇÃO E PERDIMENTO DE VALORES EXCEDENTES AO LEGALMENTE PERMITIDO. LEGALIDADE. LEI 9.069/1995, INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB 1.385/2013 E DECRETO 6.759/2009. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA A ENSEJAR REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. DANOS MORAIS INDEVIDOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Estabelecidas as normas destinadas àqueles que pretendem ingressar no país com quantias superiores a R\$ 10.000,00, especialmente o artigo 65 da Lei n.º 9.069/95, a Resolução BACEN 2.425/98, Decreto nº 6.759/2009 e Instrução Normativa RFB n.º 1.385/2013, o apelante não as atendeu.

2. O apelante desembarcou, em 08/04/2021, no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, em voo proveniente de Houston, Estados Unidos. Em que pese ter optado pelo canal "Nada a declarar", foi selecionado para vistoria de suas bagagens acompanhadas, o que resultou na lavratura do Termo de Retenção de Valores em Espécie, pois portava USD 21.100,00 (vinte e um mil e cem dólares americanos) e R\$ 9.775,00 (nove mil, setecentos e setenta e cinco reais), que não foram declarados à Receita Federal do Brasil.

3. A alegação de que a conduta em desconformidade com as exigências legais teria sido resultado da falta de informação e de atendimento inadequado por parte Receita Federal não condiz com a prova dos autos. Conforme imagens de ID 262577059 – fl. 11, as quais não foram afastadas por prova em sentido contrário, o autor ingressou na fila de "Nada a declarar".

4. As imagens acostadas aos autos exibem passageiros adentrando no canal "Bens a declarar", tanto antes quanto depois da passagem do autor pelo canal "Nada a Declarar". Dessa forma, não prospera sua alegação de que não pode efetuar a escolha da fila correta, pois esta estaria fechada por uma fita, bloqueando a sua entrada.

5. A Declaração Eletrônica de Bens de Viajante (e-DBV) pode ser feita antes mesmo da partida do passageiro do exterior e do seu ingresso no país, ou pode o passageiro, por livre iniciativa, quando de seu desembarque e antes do início dos procedimentos fiscais, apresentar-se à fiscalização aduaneira para realizar a declaração. No entanto, o apelante não efetuou a obrigatória declaração pela internet ou sequer se dirigiu à autoridade alfandegária com o intuito de declarar o dinheiro, antes do início do procedimento fiscal.

6. Apesar de alegar que pretendia se apresentar à fiscalização para declarar os valores que portava, o passageiro perdeu a espontaneidade a partir do momento que fez a opção pelo canal “Nada a Declarar”, sem ter efetuado, a princípio, qualquer tipo de declaração.

7. O apelante descumpriu as normas destinadas àqueles que pretendem ingressar em território nacional com quantias superiores a R\$ 10.000,00, o que resultou na apreensão dos valores. Os agentes alfandegários agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em abuso, omissão ou ilegalidade.

8. Ausentes os elementos caracterizadores do dano moral, representado por ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e o nexo de causalidade entre uma e outro, a exigir adequada reparação civil. As circunstâncias do caso concreto, porque desacompanhadas de prova de que tenha sofrido alguma restrição ao exercício de direitos, não geraram qualquer abalo psíquico, limitando-se, no máximo, a mero aborrecimento, insuficiente para gerar, por si só, o dever de indenização pelo Estado, exigindo o artigo 37, § 6º, da CF, a existência de dano.

9. Apelação não provida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram a Des. Fed. MÔNICA NOBRE e o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### **RELATÓRIO**

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de ação ajuizada por DOUGLAS WADE MALLONEE, em que pleiteia a anulação do termo de retenção de moeda estrangeira trazida como bagagem em voo internacional.

Narra o autor que desembarcou no Aeroporto Internacional de São Paulo/ Guarulhos em 08/04/2021, portando 210 (duzentas e dez) cédulas de U\$ 100,00 (cem dólares).

Alega que ainda na aeronave, informou a atendente de bordo que precisava declarar valores que trazia de seu país de origem. A comissária lhe informou que o procedimento de declaração no Brasil havia sido modificado, onde não eram mais utilizados os formulários de papel a bordo e que ele deveria ir até o setor de triagem aduaneira para fazer a sua declaração.

Sustenta que ao desembarcar e ingressar na área de fiscalização alfandegária, notou que a linha designada para pessoas com bens a declarar estava fechada por uma fita, bloqueando a sua entrada. Assim, procurou por agentes alfandegários,

mas por não encontrar nenhum neste primeiro momento, decidiu entrar na única fila disponível, a de "Nada a Declarar".

Aduz que antes de ser selecionado para fiscalização aleatória, localizou um agente alfandegário e, prontamente, confessou a ele que possuía valores em espécie a declarar. Ainda assim, foi determinada a verificação física de sua bagagem, com a apreensão arbitrária dos valores.

Pede a devolução imediata e integral do numerário apreendido, no montante de US\$ 21.000,00 (vinte e um mil dólares), abatidos os valores já devolvidos, com a devida correção monetária, sob pena de multa diária, bem como o pagamento de indenização pelos prejuízos morais sofridos, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O pedido de tutela de urgência foi deferido parcialmente, tão somente para suspender os efeitos de eventual pena de perdimento dos valores até o julgamento do mérito da ação (ID 262577060).

Em decisão de ID 262577110, foi determinado à Receita Federal que juntasse aos autos o vídeo utilizado no "Subsídios - Dossiê nº 13032.491638/2021-55", no prazo de 15 dias, e ao autor, que juntasse os documentos que comprovassem a origem dos valores trazidos, no prazo de 15 (quinze) dias.

O MM. Juiz a quo, vislumbrando as imagens e considerando a própria manifestação do autor, concluiu por ausência de irregularidades, julgando improcedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condenou a parte autora em honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atualizado da causa, de modo a possibilitar sua eventual majoração, nos termos do § 11 do mesmo dispositivo, e observado, ainda, seu § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago.

Irresignado, apela o autor, reiterando os argumentos de sua exordial.

Afirma que a linha designada para pessoas com bens a declarar estava fechada por uma fita, bloqueando a sua entrada, razão pela qual decidiu entrar na única fila disponível, a fila de "nada a declarar".

Sustenta que confessou espontaneamente ter valores em espécie a declarar, antes de ser selecionado para fiscalização aleatória, o que invalida a apreensão realizada.

Defende que os vídeos selecionados não estão completos, visto que há um período entre a esteira de bagagem e o início da fiscalização que não foi contemplado.

Aduz que não é possível identificar no vídeo onde ficaria o balcão de itens a declarar, e como o mesmo estaria desativado ou com a faixa bloqueando a sua entrada, o local onde tentou efetuar o câmbio dos valores, bem como o caminho percorrido, que demonstraria não haver qualquer orientação de agentes ou funcionários para esclarecer dúvidas antes dele chegar na zona de fiscalização.

Alega que foi pressionado a assinar o Termo de Entrega de Valores, contra a sua vontade, sem a presença de seu advogado, gerando claro constrangimento ilegal.

Requer, ainda, a condenação da ré em pagamento de danos morais, ao argumento de que quando da apreensão dos valores, os agentes alfandegários não somente atingiram sua dignidade, ludibriando-o com a intenção de auxiliar na declaração, como inviabilizaram toda uma cadeia de investimentos ligados à patente tecnológica ambiental que faria no Brasil.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

### **VOTO**

A Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

O recurso não merece prosperar.

A análise dos autos revela que o autor desembarcou, em 08/04/2021, no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, em voo proveniente de Houston, Estados Unidos.

Em que pese ter optado pelo canal “Nada a declarar”, foi selecionado para vistoria de suas bagagens acompanhadas, o que resultou na lavratura do Termo de Retenção de Valores em Espécie – TRV 081760021007578TRV01, em face à constatação de que transportava cédulas de dinheiro em montante superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - cópia do Termo de Retenção em documento de ID 262577032 – fls. 03/04.

Extraí-se de referido termo que a vistoria nas bagagens constatou a presença de USD 21.100,00 (vinte e um mil e cem dólares americanos) e R\$ 9.775,00 (nove mil, setecentos e setenta e cinco reais), que não foram declarados à Receita Federal do Brasil.

Sobre o ingresso de moeda nacional ou estrangeira do país, dispõe o artigo 65 da Lei n.º 9.069/95, *in verbis*:

Art. 65. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.

§ 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores:

I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

III - quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente.

§ 2º O Banco Central do Brasil, segundo diretrizes do Conselho Monetário Nacional, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre a forma, os limites e as condições de ingresso no País e saída do País de moeda nacional e estrangeira.

§ 3º A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional.

Em atendimento ao disposto no artigo 65, §2º, da Lei n.º 9.069/95, o Banco Central do Brasil regulamentou a questão por meio da edição da Resolução BACEN 2.425/98:

Art. 1º As pessoas físicas que ingressarem no País ou dele saírem com recursos em moeda nacional ou estrangeira em montante superior a R\$10.000,00 (dez mil reais) ou ao seu equivalente em outras moedas, nos termos do inciso III do parágrafo 1º do art. 65 da Lei nº 9.069/95, devem apresentar à unidade da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o local de sua entrada no País ou de sua saída do País, declaração relativa aos valores em espécie, em cheques e em "traveller's cheques" que estiver portando, na forma estabelecida pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Por sua vez, em atenção ao disposto na Lei n.º 9.069/95, bem como da Resolução BACEN n.º 2.524/98, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa RFB n.º 1.385/2013 que assim determina:

Art. 2º O viajante que ingressar no território brasileiro e estiver obrigado a dirigir-se ao canal "bens a declarar", nos termos do disposto no art. 6º da Instrução Normativa nº 1.059, de 2010, deverá declarar o conteúdo de sua bagagem mediante o programa Declaração Eletrônica de Bens de Viajante (e-DBV) disponibilizado no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) na Internet, no endereço eletrônico [www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br), e apresentar sua e-DBV para registro e submissão a procedimentos de despacho aduaneiro no local alfandegado de entrada no País, como condição para a liberação dos bens nela declarados.

§ 1º A e-DBV estará disponível nos idiomas português, espanhol, inglês e francês, no endereço eletrônico referido no caput, que poderá ser acessado pelo viajante em qualquer momento ou no terminal de auto-atendimento disponibilizado pela unidade da RFB que jurisdiciona o local de ingresso no País ou de saída dele.

§ 2º A obrigação de declarar a que se refere o caput também poderá ser cumprida mediante a utilização da Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA), conforme o modelo estabelecido pela Instrução Normativa RFB nº 1.059, de 2010, ou da DBV-formulário, de acordo com o modelo constante do Anexo Único desta Instrução Normativa, até as seguintes datas: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1456, de 10 de março de 2014)

I - 30 de novembro de 2013, para viajantes em transporte aéreo ou marítimo; e (...)

Art. 7º O viajante que ingressar no País ou dele sair com recursos em espécie, em moeda nacional ou estrangeira, em montante superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o equivalente em outra moeda, também deverá declará-los para a RFB mediante registro da e-DBV.

Art. 8º O viajante deverá apresentar-se espontaneamente à fiscalização aduaneira na área destinada à realização do controle de bens de viajante, antes do início dos procedimentos fiscais, requerer o registro da correspondente e-DBV transmitida e manifestar que está portando valores em espécie, para fins de verificação.

Art. 9º A e-DBV somente produzirá efeitos para comprovar a regular entrada no País, ou a saída deste, de valores em espécie, em moeda nacional ou estrangeira, após a realização da verificação a que se refere o art. 8º.

§ 1º A verificação será efetuada pela fiscalização aduaneira, na unidade da RFB que jurisdicione o porto, aeroporto ou ponto de fronteira alfandegado em que

esteja ocorrendo a entrada ou a saída do viajante.

(...)

Art. 11. A inobservância das disposições contidas nos arts. 7º ao 9º acarretará, além das sanções penais previstas na legislação específica, a perda do valor excedente, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e dos arts. 700 e 777 a 780 do Decreto nº 6.759, de 2009 (RA/2009).

Havendo descumprimento da legislação citada, incidem os 700 e 777 a 780 do Decreto nº 6.759, de 2009, os quais dispõem:

Art. 700. Aplica-se a pena de perdimento da moeda nacional ou estrangeira, em espécie, no valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou o equivalente em moeda estrangeira, que ingresse no território aduaneiro ou dele saia

Art. 777. O perdimento de moeda de que trata o art. 700 será aplicado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil

Parágrafo único. A competência prevista no caput poderá ser delegada

Art. 778. Será objeto de retenção a moeda à qual deva ser aplicada a pena de perdimento referida no art. 700.

§ 1º No caso de retenção de moeda portada por viajante, o valor que não exceda ao limite referido no caput do art. 700 será, após a devida anotação no documento relativo à retenção, liberado ao portador.

§ 2º O disposto no § 1º não se aplica no caso de haver indícios de cometimento de infração cuja comprovação requeira a retenção da totalidade da moeda.

§ 3º Quando não for possível efetuar a retenção do montante exato do excedente ao limite referido no § 1º, tendo em vista o valor nominal das cédulas, a autoridade aduaneira deverá reter o menor valor nominal possível superior a tal limite.

Nota-se que, estabelecidas as normas destinadas àqueles, nacionais ou estrangeiros, que pretendem ingressar em território nacional com quantias superiores a R\$ 10.000,00, o apelante não as atendeu.

Cediço que a Declaração Eletrônica de Bens de Viajante (e-DBV) pode ser feita antes mesmo da partida do passageiro do exterior e do seu ingresso no país, ou pode o passageiro, por livre iniciativa, quando de seu desembarque e antes do início dos procedimentos fiscais, apresentar-se à fiscalização aduaneira para realizar a declaração.

O apelante afirmou que tinha a intenção de declarar o dinheiro que portava quando da chegada ao Brasil, mas que ao ingressar na área de fiscalização alfandegária, notou que a linha designada para pessoas com bens a declarar estava fechada por uma fita, bloqueando a sua entrada, razão pela qual entrou na única fila disponível, de "Nada a declarar".

Argumenta que, ainda na fila, localizou um agente alfandegário, confessando espontaneamente a ele que tinha valores em espécie a declarar. No entanto, afirma que apesar de ter pedido orientações ao agente para efetuar a declaração dos valores, foi selecionado aleatoriamente e surpreendido pela fiscalização de sua bagagem.

A alegação de que a conduta em desconformidade com as exigências legais teria sido resultado da falta de informação e de atendimento inadequado por parte Receita Federal não condiz com a prova dos autos. Vejamos.



Conforme comprovado pelas imagens de ID 262577059 – fl. 11, as quais não foram afastadas por prova em sentido contrário, o autor ingressou na fila de “Nada a declarar”.

As imagens acostadas aos autos exibem passageiros adentrando no canal “Bens a declarar”, tanto antes quanto depois da passagem do autor pelo canal “Nada a declarar”.

Dessa forma, não prospera sua alegação de que não pode efetuar a escolha da fila correta, pois esta estava fechada por uma fita, bloqueando a sua entrada.

A imagem de ID 262577059 – fl. 14 evidencia que o autor foi selecionado pela fiscalização quando estava na fila de “Nada a Declarar”.

Ora, a despeito de alegar que pretendia se apresentar à fiscalização para declarar os valores que portava, o passageiro perdeu a espontaneidade a partir do momento que fez a opção pelo canal “Nada a declarar”, sem ter efetuado, a princípio, qualquer tipo de declaração.

Como restou demonstrado, após a seleção do passageiro pelo servidor que está na área de seleção, não é mais possível considerar qualquer menção sobre a existência de bens ou valores a declarar espontânea.

Conquanto o apelante alegue não ter recebido informações corretas sobre o procedimento necessário por parte dos agentes em seu desembarque e que o canal correto estaria fechado, impossibilitando sua passagem, fato é que não efetuou a obrigatória declaração pela internet ou sequer se dirigiu à autoridade alfandegária, com o intuito de declarar o dinheiro, antes do início do procedimento fiscal.

Desta forma, tenho que a Receita Federal agiu dentro dos parâmetros legais.

A propósito, acerca do assunto encontra-se precedentes deste E. Tribunal:

ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. RETENÇÃO E PERDIMENTO DE NUMERÁRIO EM MOEDA ESTRANGEIRA, EXCEDENTE A R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). INGRESSO NO PAÍS SEM A DEVIDA DECLARAÇÃO. ART. 65 DA LEI Nº 9.069/95. LEGALIDADE DO ATO.

1. A ilegalidade da conduta do impetrante quando da chegada ao país com valor superior ao limite legal restou comprovada, uma vez que não declarou na respectiva DBA que trazia valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como não apresentou Declaração de Porte de Valor (DPV ou e-DPV), caso o mesmo tivesse se apresentado no canal “bens a declarar”.

2. A não observância do disposto no §3º do art. 65, da Lei nº 9.069/95 acarreta a perda do valor excedente, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade impetrada.

3. Quanto à alegação de que o impetrante incorreu em “equivoco”, isso não afasta a obrigatoriedade da declaração, porquanto não se pode admitir a simples alegação de desconhecimento da lei para se eximir do seu cumprimento.

4. Apelo desprovido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5006662-79.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 27/11/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 01/12/2020) \_destaquei

DIREITO ADUANEIRO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE DE VALORES SUPERIORES AO LEGALMENTE PERMITIDO. ARTIGO 65 § 2º, DA

LEI N. º 9.069/95. RECURSO DESPROVIDA. - Estabelecidas as normas destinadas àqueles que pretendem viajar ao exterior com quantias superiores a R\$ 10.000,00, especialmente o artigo 65 da Lei n. º 9.69/95, a Resolução BACEN 2.425/98 e Instrução Normativa RFB n. º 1.385/2013, o apelante não as atendeu - *Independendentemente das alegações de ausência de posto de atendimento na área de embarque, da existência de agência de câmbio, da licitude da destinação ou de que os valores poderiam se destinar a compra de bens na área de zona franca, observa-se que o recorrente não efetuou a obrigatória declaração pela internet ou tampouco procurou a autoridade alfandegária com o intuito de comunicar eventual impossibilidade e utilizar de formulário impresso para esse fim - Após a passagem pelo posto de controle migratório e o ingresso na área restrita de embarque internacional não há que se falar na possibilidade do preenchimento da declaração, pois tal procedimento deveria ter sido realizado em momento anterior*, na forma do artigo 8º da IN SRF nº 1.385/13, de modo resta configurada a saída dos valores, ainda que o recorrente não tenha efetivamente embarcado na aeronave e descaracterizada a espontaneidade do ato para fins do artigo 102 do Decreto-Lei n. º 37/66 - Verificada a ilegalidade da conduta do apelante, é de rigor a manutenção da sentença - Apelação desprovida.

(TRF-3 - ApCiv: 50040394220194036119 SP, Relator: Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, Data de Julgamento: 24/06/2020, 4ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 25/06/2020) \_destaquei

E ainda:

TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO. RETENÇÃO DE VALORES. ART. 65 DA LEI 9.069/95. LIMITE DE R\$10.000,00. INGRESSO NO PAÍS DE VALOR SUPERIOR. PERDA DE NUMERÁRIO EXCEDENTE. 1. Admite-se o ingresso no país de moeda estrangeira em valor correspondente a até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), independentemente de qualquer providência pelo portador. 2. Se o numerário for superior ao equivalente a R\$ 10.000,00, o viajante deve apresentar declaração à Receita Federal (Resolução nº 2.524/98, do Conselho Monetário Nacional) ou promover a entrada do numerário mediante transferência bancária, sob pena de apreensão do valor excedente a R\$ 10.000,00 (art. 65 da Lei 9.065/95). (TRF4, AC 5009649-65.2018.4.04.7002, SEGUNDA TURMA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 17/11/2021)

Ademais, acrescento que não se exige a constatação do elemento volitivo para que se configure a infração e para aplicação da penalidade, não havendo que se falar em boa-fé ou cooperação por parte do apelante.

Portanto, o ingresso no país do montante de USD 21.100,00 (vinte e um mil e cem dólares americanos) sem registro de e-DBV ou de declaração na aduana se mostra ilegal, tratando-se de violação das normas do Sistema Financeiro Nacional, estando sujeita à penalidade de perda do montante.

Em relação ao pedido de dano moral, importante traçar breves comentários sobre sua posição no ordenamento jurídico.

Como forma de garantir e dar efetividade à inviolabilidade dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, a Constituição Federal assegura, além de outros, a possibilidade de indenização não só do dano patrimonial, como também do dano moral. É o que dispõem os incisos V e X, do artigo 5º, respectivamente:

“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A Constituição Federal adotou a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo. Dispõe o artigo 37, § 6º, *verbis*:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

De acordo com a referida teoria, a Administração Pública tem o dever de indenizar a vítima que demonstre o nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato danoso e injusto ocasionado por ação do Poder Público, por meio de seus agentes.

Forçoso concluir, portanto, que, para fins de caracterização da responsabilidade civil, há que se ter presentes três elementos essenciais: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade entre uma e outro.

A definição de dano moral vem sendo construída pela doutrina há alguns anos, com contornos que o diferenciam do mero dissabor ou aborrecimento decorrente da vida em sociedade, não sendo qualquer contrariedade capaz de ensejar a reparação.

Sérgio Cavalieri Filho, em seu “Programa de Responsabilidade Civil”, afirma que:

“(...) Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.” (Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 97/98)

Yussef Said Cahali define como dano moral:

“Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela

sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral” (in Dano Moral, São Paulo, Malheiros, 2005, p.22-23).

Cumpre ter presente, ainda, a lição de Carlos Alberto Bittar, segundo a qual “...qualificam-se como morais os danos em razão da esfera de subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).” (in Reparação Civil por Danos Morais, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 45).

*In casu*, o apelante alega que foi pressionado a assinar o Termo de Entrega de Valores contra a sua vontade, sem a presença de seu advogado, e que a conduta dos agentes alfandegários não somente atingiu sua dignidade, como inviabilizou toda uma cadeia de investimentos ligados à patente tecnológica ambiental que faria no Brasil.

No entanto, não vislumbro irregularidades no procedimento efetuado pela Alfândega.

Isso porque os documentos assinados pelo apelante (Termo de Retenção e Termo de Entrega de Valores) formalizam os procedimentos fiscais, de forma que possibilitam ao viajante efetuar a impugnação administrativa ou jurisdicional. Nos termos do esclarecido pela União Federal em sua contestação, não se tratam de confissão ou de concordância.

Ainda, conforme já demonstrado, o apelante descumpriu as normas destinadas àqueles que pretendem ingressar em território nacional com quantias superiores a R\$10.000,00, o que resultou na apreensão dos valores.

Os agentes alfandegários agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em abuso, omissão ou ilegalidade.

Entendo que as circunstâncias do caso concreto, mesmo porque desacompanhadas de prova de que tenha sofrido alguma restrição ao exercício de direitos, não geraram qualquer abalo psíquico limitando-se, no máximo, a mero aborrecimento, insuficiente para gerar, por si só, o dever de indenização pelo Estado, exigindo o artigo 37, § 6º, da CF, a existência de dano.

Dessa forma, ausentes os elementos caracterizadores do dano moral, representado por ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e o nexo de causalidade entre uma e outro, a exigir adequada reparação civil.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CANCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO VIA ADMINIS-

TRATIVA. MERO ABORRECIMENTO. DISSABOR. DANO NÃO COMPROVADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ABALO MORAL A ENSEJAR REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. As circunstâncias do caso concreto, porque desacompanhadas de prova de que tenha sofrido alguma restrição ao exercício de direitos, não geraram qualquer abalo psíquico, limitando-se, no máximo, a mero aborrecimento, insuficiente para gerar, por si só, o dever de indenização pelo Estado, exigindo o artigo 37, § 6º, da CF, a existência de dano.

2. *A responsabilidade objetiva dispensa tão somente a discussão da culpa, não excluindo a necessidade de demonstração da efetiva existência do dano sofrido, conforme disposto no artigo 927, parágrafo único, do CC.*

3. In casu, ausentes os elementos caracterizadores do dano moral, representado por fato ou acontecimento que se manifesta de forma tão negativa a ponto de produzir o desequilíbrio, o sofrimento ou a humilhação, a exigir adequada reparação civil.

4. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0000078-44.2010.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 27/11/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/12/2020)\_destaquei

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

## **APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA**

### **5004339-66.2021.4.03.6108**

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL  
Apelada: MAQMÓVEIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR  
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 27/10/2022

### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SELIC INCIDENTES SOBRE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL. TEMA 962/STF. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITOS. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ. NECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se possível a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a taxa SELIC recebida em decorrência de valores recebidos a título de repetição de indébito tributário e sobre a devolução dos depósitos judiciais.

2. No julgamento do RE 1.063.187 (Tema de Repercussão Geral 962), ocorrido em 24/09/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, fixou a seguinte tese: "É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário".

4. O STF, no julgamento dos embargos de declaração da União no RE 1.063.187, esclareceu que "decisão embargada se aplica apenas nas hipóteses em que há o acréscimo de juros moratórios mediante a taxa Selic em questão na repetição de indébito tributário (inclusive na realizada por meio de compensação), seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial", bem como modulou os efeitos "da decisão embargada, estabelecendo-se que ela produza efeitos ex nunc a partir de 30/9/21 (data da publicação da ata de julgamento do mérito), ficando ressalvados: a) as ações ajuizadas até 17/9/21 (data do início do julgamento do mérito); b) os fatos geradores anteriores à 30/9/21 em relação aos quais não tenha havido o pagamento do IRPJ ou da CSLL a que se refere a tese de repercussão geral" (RE 1063187 ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 11-05-2022 PUBLIC 12-05-2022 REPUBLICAÇÃO: DJe-093 DIVULG 13-05-2022 PUBLIC 16-05-2022).

5. No tocante aos juros remuneratórios incidentes na devolução dos depósitos judiciais, por força do disposto no art. 927, III, do Código de Processo Civil, aplica-se, de modo impositivo, o entendimento do STJ fixado no Tema Repetitivo 504 ("Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL").



6. O presente *mandamus* foi impetrado após o início do julgamento do mérito do RE 1063187, de modo que se aplica ao caso concreto a modulação de efeitos estabelecida no aresto supracitado.

7. Os valores indevidamente recolhidos, acaso existentes, deverão ser corrigidos pela SELIC, nos termos do art. 39, § 4º da Lei nº. 9.250/95, sendo que a compensação deverá ocorrer por iniciativa do contribuinte, entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observadas as ressalvas do art. 26-A, da Lei nº 11.457/07, bem o disposto no 74 da Lei nº 9.430/96 e da IN 1.717/2017 e somente após o trânsito em julgado da decisão, consoante determina o art. 170-A do CTN.

8. Remessa necessária e apelações parcialmente providas para, reformando em parte a sentença, determinar: a) a aplicação do entendimento firmado pelo STJ no Tema Repetitivo 504 em relação aos juros moratórios da devolução dos depósitos judiciais; ii) a necessidade de observância à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa necessária e à apelação para, reformando em parte a sentença, determinar: a) a aplicação do entendimento firmado pelo STJ no Tema Repetitivo 504 em relação aos juros moratórios da devolução dos depósitos judiciais; ii) a necessidade de observância à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pela UNIÃO (Fazenda Nacional) e por contra sentença que concedeu, em parte, a segurança para assegurar “declarar a inconstitucionalidade da incidência do Imposto de Renda (IR) e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre os valores decorrentes da taxa SELIC auferida pelo Impetrante na repetição de indébito e sobre a variação monetária ativa de depósitos judiciais”.

O presente *mandamus* foi impetrado, em 11/12/2021 (ID 258886535), por MAQMÓVEIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA contra suposto ato ilegal praticado pelo DELEGADO DA DELEGACIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL EM BAURU/SP.

Informações prestadas pela autoridade coatora (ID 258886551).

Pela sentença (ID 258886553), o Magistrado sentenciante decidiu pela aplicação ao caso concreto do quanto decidido no RE 1.063.187 (tema 962).

Entendeu, ainda, que “a segurança não deve abranger, contudo, o pedido de restituição, pois as súmulas 269 e 271 do STF estabelecem a inviabilidade de utilização do mandado de segurança para substituição da ação de cobrança e para reaver valores pretéritos à ação mandamental, quando for o caso de pagamentos

indevidos feitos pelo contribuinte. Essa impossibilidade do uso da via mandamental está jungida à sua sumariedade de cognição, seja para se definir a existência do dever de restituir, quer para se apurar o valor a restituir”.

A União, em seu apelo (ID 258886557), pretende, preliminarmente, a suspensão do feito até o trânsito em julgado do RE 1.063.187.

Quanto ao mérito, sustenta, que: a) deve prevalecer o entendimento fixado pelo STJ no Repetitivo 1.138.695/SC; b) “o parâmetro de aferição da constitucionalidade do fato gerador do imposto de renda, do ponto de vista material no nosso sistema jurídico e aceito por essa Corte é o acréscimo patrimonial”; c) “à luz dos critérios da generalidade e da universalidade, a exegese constitucional conduz ao entendimento de que se submetem à incidência do imposto de renda todos os gêneros e espécies de rendas e proventos, isto é, o acréscimo patrimonial, em cuja extensão incluem-se os juros moratórios e a correção monetária calculados pela Taxa SELIC nas repetições de indébito tributário, nos exatos e precisos termos do § 1º do artigo 43 do CTN”; d) “os juros SELIC, quer recebidos em decorrência de repetição de indébito, restituição ou compensação, quer decorrentes de levantamentos de depósitos judiciais, são receitas financeiras e se destinam a remunerar o capital, como qualquer outra aplicação financeira, pois acrescentam algo novo ao patrimônio”; e) “não há como afastar a tributação destes ganhos financeiros, tanto para as pessoas jurídicas que adotem o Lucro Presumido quanto para as que tributam pelas regras do Lucro Real. Pelo contrário, viu-se, à luz da legislação tributária que tais juros (SELIC) têm natureza de receita nova (lucros cessantes), i.e, remuneração do capital do empresário contribuinte, e, portanto, representam acréscimos patrimoniais que devem ser submetidos à tributação”.

Afirma, ainda que “por não estarem excepcionadas na lei, bem como, tendo em vista o disposto no artigo 111 do CTN, não há que se falar em isenção de IRPJ e CSLL para a receita financeira decorrente da taxa Selic incidente sobre os valores do indébito tributário”.

Por fim, aduz que “eventual compensação/restituição do hipotético indébito pleiteado neste processo está condicionada à observância do trânsito em julgado da decisão judicial, nos termos do disposto no art.170-A, do CTN”.

Contrarrazões apresentadas (ID 258886559).

O Ministério Público Federal apresentou manifestação (ID 259013347) no sentido da desnecessidade de sua intervenção no feito.

É o relatório.

## **VOTO**

Presentes os requisitos devem ser conhecidas a remessa necessária e a apelação.

Cinge-se a controvérsia em saber se possível a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a taxa SELIC recebida em decorrência de valores recebidos a título de repetição de indébito tributário e sobre a devolução dos depósitos judiciais.

A sentença comporta parcial reforma.

Com efeito, era tranquila a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal

de Justiça, e desta Turma julgadora, no sentido de que se sujeitam à tributação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL os juros remuneratórios incidentes na devolução dos depósitos judiciais, bem como os juros em repetição de indébito. Este entendimento, a propósito, restou consolidado no julgamento do REsp n. 1.138.695/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC/73 (Tema 504/STJ), senão vejamos (destaquei):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. *Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, na forma prevista no art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, e na forma do art. 8º, da Lei n. 8.541/92, como receitas financeiras por excelência.* Precedentes da Primeira Turma: AgRg no Ag 1359761/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/9/2011; AgRg no REsp 346.703/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 02.12.02; REsp 194.989/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.99. Precedentes da Segunda Turma: REsp. n. 1.086.875 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012; REsp 464.570/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.06.2006; AgRg no REsp 769.483/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 02.06.2008; REsp 514.341/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 31.05.2007; REsp 142.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.01; REsp. n.395.569/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.03.06.

3. *Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.*

4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. nº 1.089.720 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.

5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida. Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).
6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.  
(REsp 1138695/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013)

Todavia, no julgamento do RE 1.063.187 (Tema de Repercussão Geral 962), ocorrido em 24/09/2021, cuja Ata de Julgamento foi publicada em 30/09/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, fixou a seguinte tese:

"É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário".

Eis, a propósito, a ementa correspondente:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. IRPJ e CSLL. Incidência sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário. Inconstitucionalidade.

1. A materialidade do imposto de renda e a da CSLL estão relacionadas com a existência de acréscimo patrimonial. Precedentes.
2. A palavra indenização abrange os valores relativos a danos emergentes e os concernentes a lucros cessantes. Os primeiros, que correspondem ao que efetivamente se perdeu, não incrementam o patrimônio de quem os recebe e, assim, não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal. Os segundos, desde que caracterizado o acréscimo patrimonial, podem, em tese, ser tributados pelo imposto de renda.
3. Os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas (danos emergentes). A demora na restituição do indébito tributário faz com que o credor busque meios alternativos ou mesmo heterodoxos para atender a suas necessidades, os quais atraem juros, multas, outros passivos, outras despesas ou mesmo preços mais elevados.
4. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 962 de repercussão geral: "É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário".
5. Recurso extraordinário não provido

(RE 1063187, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-247 DIVULG 15-12-2021 PUBLIC 16-12-2021)

Nessa esteira, a propósito, é a novel orientação jurisprudencial desta Turma Julgadora, conforme se vê, a título exemplificativo, pelo seguinte aresto:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRPJ. CSLL. PIS. COFINS. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. SELIC. BASE DE CÁLCULO. TEMA 962/STF. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Em recente julgamento do RE 1.063.187 (Tema de Repercussão Geral 962), ocorrido em 24/09/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, fixou a seguinte

*tese: "É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário".*

2. Nos termos da atual e dominante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "os valores referentes à incidência da taxa Selic (correção e juros), na repetição do indébito devem integrar a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.906.715/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/06/2021; AgInt nos EDcl no REsp 1.848.930/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/02/2021". (STJ, EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1922734/PR, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2021, DJe 29/11/2021). Precedentes deste órgão julgador no mesmo sentido.

3. *A segurança deve ser parcialmente concedida, a fim de afastar somente a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário.*

4. Reexame necessário e apelação da União (Fazenda Nacional) parcialmente providos.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5006156-86.2021.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 23/05/2022, Intimação via sistema DATA: 25/05/2022)

Sobreleva destacar, noutro giro, que os embargos de declaração opostos pela União no bojo RE 1.063.187 foram acolhidos, nos termos da ementa abaixo:

Embargos de declaração em recurso extraordinário. Tema nº 962. Ausência de contradição quanto ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88. Prestação de esclarecimento. Modulação dos efeitos da decisão.

1. O equivocado entendimento acerca da possibilidade das tributações questionadas nos autos partia de uma determinada interpretação sobre diversos dispositivos legais, entre os quais o art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88, não tendo, assim, a Corte incidido em contradição ao decidir sobre esse dispositivo.

2. No acórdão embargado, o Tribunal Pleno fixou a seguinte tese para o Tema nº 962: "É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário". *Presta-se o esclarecimento de que a decisão embargada se aplica apenas nas hipóteses em que há o acréscimo de juros moratórios mediante a taxa Selic em questão na repetição de indébito tributário (inclusive na realizada por meio de compensação), seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial.*

3. *Modulação dos efeitos da decisão embargada, estabelecendo-se que ela produza efeitos ex nunc a partir de 30/9/21 (data da publicação da ata de julgamento do mérito), ficando ressalvados: a) as ações ajuizadas até 17/9/21 (data do início do julgamento do mérito); b) os fatos geradores anteriores à 30/9/21 em relação aos quais não tenha havido o pagamento do IRPJ ou da CSLL a que se refere a tese de repercussão geral.*

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

(RE 1063187 ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 11-05-2022 PUBLIC 12-05-2022 REPUBLICAÇÃO: DJe-093 DIVULG 13-05-2022 PUBLIC 16-05-2022)

Conforme consignado no inteiro teor do voto, "desborda desse tema definir a natureza jurídica dos juros relativos aos depósitos judiciais ou dos juros avençados em contratos entre particulares".



Sendo assim, no tocante aos juros remuneratórios incidentes na devolução dos depósitos judiciais, por força do disposto no art. 927, III, do Código de Processo Civil, aplica-se, de modo impositivo, o entendimento do STJ fixado no Tema Repetitivo 504 (*“Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL”*.)

Em resumo, deve ser excluída da base de cálculo do IRPJ e da CSLL apenas o acréscimo de juros moratórios mediante a taxa Selic na repetição de indébito tributário (inclusive na realizada por meio de compensação), seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial.

Confira-se, nessa esteira, o moderno precedente deste Órgão Julgador (destaquei):

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA (TAXA SELIC) RECEBIDOS NA REPETIÇÃO DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS (VIA ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL). SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO VEICULADO PELO STJ NO TEMA 505 DOS RECURSOS REPETITIVOS. APLICAÇÃO DA COMPREENSÃO MANIFESTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA 962 DA REPERCUSSÃO GERAL. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. PARÂMETROS DA COMPENSAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NO RE 1.063.187 (TEMA 962). ESCLARECIMENTOS QUE DELIMITARAM O JULGADO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO VEICULADO PELO STJ NO TEMA 504 DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. Discute-se nestes autos a pertinência da inclusão, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dos valores recebidos a título de correção monetária e juros moratórios (ambos compreendidos na Taxa Selic) em duas situações: por ocasião da repetição de indébitos tributários e quando da devolução dos depósitos judiciais.

2. O entendimento sobre o tema encontrava-se pacificado em sentido contrário à pretensão dos contribuintes, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça assentara os seguintes entendimentos: Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL (Tese repetitiva 504); Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa (Tese repetitiva 505).

3. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão atinente à Incidência do Imposto de renda – Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária) recebida pelo contribuinte na repetição do indébito (Tema 962 – RE 1.063.187). E, por ocasião do julgamento do mérito desse precedente paradigmático, firmou compreensão diversa com relação à repetição de indébitos.

4. No entender dos Ministros da Suprema Corte, os valores relativos à Taxa Selic, quando recebidos por ocasião da repetição de indébitos tributários, possuem o precípuo objetivo de recompor perdas patrimoniais, de modo a se caracterizarem como danos emergentes, o que afasta a possibilidade de integrarem a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo em vista a ausência de acréscimo patrimonial.

5. Referido julgamento ocorreu na data de 27.9.2021 e deu origem à seguinte Tese: É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário.



6. Com a pacificação da matéria, sob a ótica constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 962 da repercussão geral), resta superado o entendimento manifestado pelo STJ no Tema 505 dos recursos repetitivos.

7. *Restou esclarecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 1.063.187, que o entendimento manifestado na Tese 962 da repercussão geral não abrange os valores recebidos a título de Selic na devolução de depósitos judiciais.*

8. *Manutenção do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 504 dos recursos repetitivos, no sentido de que "Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL".*

9. *O contribuinte faz jus à exclusão, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, apenas dos valores relativos à correção monetária e juros de mora (taxa Selic) recebidos por ocasião da repetição de indébitos tributários (pela via administrativa ou judicial).*

10. A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão de Julgamento realizada em 10.11.2021, ao examinar o EREsp 1.770.495, deu provimento aos embargos de divergência e pacificou o alcance e a abrangência que pode ser dada para o tema da compensação tributária por meio do uso de mandado de segurança.

11. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "O mandado de segurança pode ser usado pelo contribuinte para garantir o direito de fazer a compensação tributária com indébitos recolhidos anteriormente à data da impetração, mas ainda não atingidos pela prescrição".

12. O contribuinte faz jus à compensação administrativa após o trânsito em julgado da ação (art. 170-A do CTN), com atualização dos valores mediante aplicação da taxa Selic (art. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995) e observância do disposto no art. 74 da Lei 9.430/1996 e demais dispositivos vigentes na data da propositura da ação. Deve ser observada a prescrição quinquenal. É ressalvado ao contribuinte o direito de proceder a essa compensação em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 1.137.738/SP – Tema 265 dos recursos repetitivos).

13. A análise e exigência da documentação necessária, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

14. Remessa oficial e apelação da União parcialmente providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5021151-13.2021.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/06/2022, Intimação via sistema DATA: 07/06/2022)

Reconhecida indevida a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a taxa SELIC recebida em decorrência de valores recebidos a título de repetição de indébito tributário, é direito da parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, respeitando-se a prescrição quinquenal e a modulação dos efeitos do RE 1.063.187.

Na hipótese vertente, a ação foi ajuizada em 11/12/2021, ou seja, após o início do julgamento do mérito do RE 1063187, de modo que se aplica ao caso concreto a modulação de efeitos estabelecida no aresto supracitado.

Os valores indevidamente recolhidos, acaso existentes, deverão ser corrigidos pela SELIC, nos termos do art. 39, § 4º da Lei nº. 9.250/95, sendo que a compensação deverá ocorrer por iniciativa do contribuinte, entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observadas as ressalvas do art. 26-A, da Lei nº 11.457/07, bem o disposto no 74 da Lei nº 9.430/96 e da IN 1.717/2017 e somente após o trânsito em julgado da decisão, consoante determina o art. 170-A do CTN.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa necessária e à apelação para, reformando em parte a sentença, determinar: a) a aplicação do entendimento firmado pelo STJ no Tema Repetitivo 504 em relação aos juros moratórios da devolução dos depósitos judiciais; ii) a necessidade de observância à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

### **VOTO-VISTA**

Senhores Desembargadores, pedi vista dos autos para analisar, *especificamente*, a solução a ser dada à pretensão de inexigibilidade de *IRPJ/CSL em variações monetárias ativas de depósitos judiciais realizados em demandas tributárias* para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O relator rejeitou a pretensão do contribuinte no ponto específico.

Conquanto anteriormente tenha externado interpretação diversa, a melhor análise da controvérsia impõe a reformulação do entendimento no sentido de reconhecer cabível a incidência do IRPJ/CSL sobre tais valores em depósitos judiciais.

Com efeito, importa registrar que sobre a incidência de IRPJ/CSL sobre a SELIC paga em repetição, compensação ou restituição administrativa de indébito fiscal, a Suprema Corte, ao julgar o RE 1.063.187, com repercussão geral, objeto do Tema 962, consolidou o entendimento no sentido de que *"É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário"*.

Evidenciado, portanto, pronunciamento constitucional sobre a controvérsia, não cabe a adoção de interpretação infraconstitucional para limitar o reconhecimento da inexigibilidade fiscal, sobretudo em se tratando, como na espécie, de deliberação da Suprema Corte com atributos de repercussão geral, mesmo que ainda não definitivo o julgamento, porém sujeito, desde logo, à eficácia correspondente como acima exposto.

A percepção de que a incidência de IRPJ/CSL sobre a SELIC, incorporada em saldo de depósitos judiciais vinculados a ações tributárias, seria inconstitucional, por identidade de razão jurídica com o paradigma firmado no julgamento do Tema 962, não pode prevalecer, seja porque a Suprema Corte esclareceu, ao acolher parcialmente os embargos de declaração no RE 1.063.187, o alcance da controvérsia decidida, dela excluindo a questão ora suscitada pelo contribuinte, como porque, em fundamento mais relevante ainda, é distinta a natureza jurídica dos juros aplicados em depósitos judiciais.

Embora adotada a SELIC em ambos os casos, é certo que os juros são moratórios e indenizatórios na repetição, compensação e restituição administrativa de indébito fiscal, ao passo que em depósitos judiciais os juros são remuneratórios, não existindo caracterização jurídica ou legal de mora ou indenização para efeito de inexistência do IRPJ/CSL em saldo de depósitos judiciais.

Como destacado no paradigma firmado no RE 1.063.187, Tema 962: “3. Os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas (danos emergentes). A demora na restituição do indébito tributário faz com que o credor busque meios alternativos ou mesmo heterodoxos para atender a suas necessidades, os quais atraem juros, multas, outros passivos, outras despesas ou mesmo preços mais elevados”.

Diversamente, em se tratando de depósitos judiciais, a SELIC remunera o dinheiro que é alocado em garantia judicial para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sendo esta a natureza dos juros e o sentido de sua aplicação segundo expressamente disposto no próprio artigo 2º-A da Lei 9.703/1998.

A natureza remuneratória dos juros aplicados em depósitos judiciais foi realçada pela Corte Superior por ocasião do julgamento do *Tema Repetitivo 504* (REsp 1.138.695), em que firmada a tese de que “os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL”. Conquanto o recurso especial de referência esteja sujeito a juízo de retratação, precedentes da Corte Superior posteriores ao julgamento do RE 1.063.187 (e inclusive referindo tal julgado) têm mantido a diferenciação de natureza jurídica dos juros aplicáveis a depósitos e restituição de indébito (v.g., AgInt no REsp 1.977.308, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJe de 19/08/2022).

Nesta linha, havendo manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal de que o julgamento do Tema 962/STF não abrangeu juros incidentes sobre depósitos judiciais e, de outro lado, entendimento vinculante do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, não há viabilidade jurídica de excluir a tributação ora em análise.

Não existe, enfim, fundamento a amparar a inconstitucionalidade da incidência do IRPJ/CSL sobre a SELIC paga enquanto juros remuneratórios acrescidos ao saldo de depósitos judiciais vinculados a ações tributárias, até porque o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos impede que se pronuncie inconstitucionalidade por analogia sem observância do princípio da reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante 10/STF (“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”).

Ante o exposto, acompanho o relator.

É como voto.

# Sentenças





## **AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO** **0000559-75.2018.4.03.6120**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP  
Réu: RAFAEL JOSE DOS SANTOS  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP  
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT  
Disponibilização da Sentença: DJEN 29/09/2022

### **SENTENÇA**

#### **I - RELATÓRIO**

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia<sup>1</sup> contra Rafael Jose dos Santos imputando-lhe a prática do crime de falso testemunho.

De acordo com a denúncia, em 24/01/2018 Rafael José dos Santos prestou depoimento falso na condição de testemunha nos autos de reclamatória trabalhista que corria na Vara do Trabalho de Taquaritinga, proposta por Rafaela Teixeira da Silva Costa contra Auto Posto Avenida Taquaritinga Ltda e Avenida Convenience Ltda - ME. Rafael foi arrolado como testemunha da reclamante, tendo afirmado que trabalhou no posto de combustíveis das reclamadas entre março e dezembro de 2015, período que coincidia com o vínculo reclamado. Apurou-se, contudo, que o contrato de trabalho de Rafael perdurou de março a julho de 2015. Em seu depoimento Rafael também afirmou que a reclamante não tinha cartão ponto e não recebeu nenhum espelho para assinatura, bem como que a reclamante trabalhou todo o período sem registro, fatos que foram desmentidos por meio de documentos apresentados pelas reclamadas. Rafael afirmou, ainda, que a reclamante não recebia adicional de periculosidade, porém comprovou-se que o benefício era pago.

A denúncia foi recebida em 31 de outubro de 2018<sup>2</sup>.

Na resposta à denúncia a Defesa limitou-se a afirmar a inexistência de preliminares<sup>3</sup>.

Na instrução foram inquiridas duas testemunhas e realizado o interrogatório do réu.

Em suas alegações finais o MPF discorreu sobre o acervo probatório, concluindo que as provas não deixam dúvida de que o acusado incorreu no crime de falso testemunho, de modo que deve ser condenado. Destacou que a tese defendida pelo réu em seu interrogatório, no sentido de que não soubera se expressar direito quando prestou depoimento na reclamatória trabalhista, não encontra suporte nas provas.

A Defesa alegou preliminar de inépcia da denúncia, sob o argumento de que a inicial não expõe com clareza o fato criminoso imputado ao réu. No mérito, argumentou que não há prova de que o réu fez afirmações que não correspondem

1 Num. 40632028 a partir da p. 3.

2 Num. 40632028 p. 7.

3 Num. 40632028 a partir da p. 21.



à verdade tendo consciência da falsidade, o que afasta o elemento subjetivo do tipo. Por fim, requereu que na hipótese de condenação seja fixada a pena mínima.

Após o encerramento da instrução o MPF apresentou proposta para acordo de não persecução penal<sup>4</sup>. Porém, o réu informou não ter interesse na realização de acordo.

Vieram os autos conclusos.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

A preliminar de inépcia da denúncia não se sustenta. A denúncia expõe de forma objetiva o fato criminoso e suas circunstâncias não implicando em embargo à defesa.

Superada a preliminar, passo ao exame da questão de fundo.

A denúncia imputa ao réu a prática do crime de falso testemunho, delito previsto no art. 342 do CP:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

No caso em tela, a imputação cinge-se à conduta nuclear "*fazer afirmação falsa*", ou seja, narrar fato que não corresponde à verdade.

A configuração do crime de falso testemunho pela conduta *fazer afirmação falsa* depende da demonstração de que o agente afirmou um fato mentiroso, ou seja, em desconformidade com aquilo que sabe ou pensa saber. Note-se que para a comprovação do crime é necessário demonstrar a desarmonia entre o depoimento e a ciência da testemunha, e não a mera falta de sintonia entre o que foi declarado e o que efetivamente sucedeu. A propósito, transcrevo didática lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT<sup>5</sup> acerca da distinção entre as teorias objetiva e subjetiva acerca do conteúdo do crime de falso testemunho:

Duas teorias antagônicas pretendem definir o conteúdo e a essência da falsidade. Para a teoria objetiva há falso testemunho quando o relatado pela testemunha não corresponde à realidade; para a teoria subjetiva, no entanto, a falsidade reside na contradição entre o que a testemunha sabe, viu ou conhece e aquilo que declara. A primeira hipótese refere-se ao que ocorreu efetivamente; a segunda, ao que a testemunha sabe ou pensa que sabe. Naquela, o dito pela testemunha não foi o que aconteceu; nesta, contraria o que a testemunha conhece. A teoria subjetiva é a predominante, desde o magistério de Carrara, que ensinava: "o critério da falsidade do testemunho não depende da relação entre o dito e a realidade das coisas, mas sim da relação entre o dito e a ciência da testemunha". Em síntese, para a orientação dominante, que adota a teoria subjetiva falso testemunho é a divergência entre o depoimento da testemunha e o conhecimento que esta tem dos fatos. Dessa forma, configura-se o falso testemunho, por exemplo, quando a testemunha declara falsamente que viu um fato, que efetivamente aconteceu,

4 Num. 40632030 - Pág. 39.

5 Tratado de direito penal, 5 : parte especial. — 6 ed. rev. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2012, p. 336.

mas que esta não viu. O fato é verdadeiro, mas a declaração de tê-lo visto é falsa, ou seja, há divergência entre o que afirma a testemunha e o que ela realmente viu. Em outras palavras, a falsidade não reside na contradição entre a realidade fática (verdade objetiva) e a afirmação da testemunha, mas entre o seu depoimento e o conhecimento que tem dos fatos (verdade subjetiva). Por isso, é atípica a conduta da testemunha que declara o que sabe (verdade subjetiva), embora seja divergente do que efetivamente ocorreu.

Percebe-se que à luz da teoria subjetiva (que é a dominante) é possível o falso testemunho de fato verdadeiro — exemplo: o fato narrado ocorreu, porém a testemunha não o viu e afirmou em juízo tê-lo presenciado —, assim como é possível que a declaração de um fato não verdadeiro não configure o crime; basta que o depoente acredite ter presenciado aquilo que declarou em juízo, ainda que as coisas não tenham se passado daquela forma, porque traído pela memória. A propósito disso, MAGALHÃES NORONHA<sup>6</sup>, escorando-se em obra do espanhol MYRA Y LOPEZ, ensina que *"... o testemunho de uma pessoa acerca de um acontecimento qualquer depende essencialmente de cinco fatores: a) o modo como ela percebeu esse acontecimento; b) o modo como ela conservou a memória desse acontecimento; c) o modo como é capaz de evocar a lembrança desse acontecimento; d) o modo como deseja expressá-lo; e) o modo como consegue expressá-lo."*

Por aí se vê que o julgamento de ações penais envolvendo o delito de falso testemunho possui dificuldades muito particulares, todas elas relacionadas ao exame do elemento subjetivo. Cabe registrar que mesmo nos crimes materiais mais evidentes, em que tudo aponta de forma irremediável para a prática do delito, naqueles eventos em que a prova da autoria decorre de ampla documentação — quiçá com imagens de vídeo em vários ângulos e alta resolução, ou quando o réu é preso em flagrante instantes depois de cometer o crime (*"com a faca pingando sangue"*, para aproveitar uma imagem que o promotor Carlos Fiorioli, meu professor de Direito Penal, gostava de evocar) — até nessas hipóteses o elemento subjetivo não pode ser demonstrado diretamente, uma vez que o dolo só existe na mente do agente, devendo ser depreendido da análise de todos os elementos colhidos.

Descendo para o caso dos autos, como como ponto de partida o depoimento prestado pelo réu na reclamatória trabalhista:

Depoimento: "que trabalhou com a reclamante e era registrado pelo posto; que trabalhou no posto reclamado de março a dezembro de 2015, na função de frentista; que inicialmente a reclamante ficava no caixa do posto e depois da abertura da loja, no caixa do posto e no caixa da conveniência; que o depoente não anotava cartão de ponto; que o reclamante não chegou a receber nenhum espelho para assinatura; que nunca recebeu horas extras no holerite; que o do trocava de turno; que a reclamante entrou para trabalhar no mês de abril, sendo que trabalhou direto, não chegando a se afastar, até a saída do depoente em

6 Direito penal IV : Dos crimes contra a saúde pública a Disposições finais. — 18 ed. atualizado por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. — São Paulo : Saraiva, 1988, p. 367-368. Tradução livre de trecho em espanhol.

dezembro; que a reclamante também trocava de turnos; das 5h00 às 14h00, das 14h00 às 22h30 durante a semana; e das 16h00 às 1h00 de sábados e domingos; que a reclamante também não tinha cartão de ponto; que não havia pausa para refeições; que não tinha pessoas que cobrissem o trabalho da reclamante; que a reclamante trabalhava aos domingos; que não havia acordo para compensação de horas extras; que a reclamante tinha uma folga por semana e uma vez por mês no domingo; que o salário do depoente era fixo, mas tinha anotações nos holerites que ele não recebia efetivamente; que o valor final era de R\$ 900,00; que no holerite constava vale refeição e periculosidade, mas não recebiam tais valores; que o reclamante foi devidamente registrado assim que entrou para trabalhar; que sabe que a reclamante foi admitida sem registro em abril pelo posto e ficou sem registro até junho; que assinavam recibo de cestas básicas e vale transporte, mas não recebiam os valores; que a reclamante pediu para sair no dia 02/12 e a viu trabalhando durante o aviso prévio; que o depoente não recebeu adicional noturno; que também acontecia com a reclamante de não receber parcelas que constavam do holerite; que ouviu comentários de que a reclamante foi no posto pedir diferenças de verbas rescisórias. Nada mais.”

Apurou-se que o depoimento da testemunha possui várias inconsistências fáticas, que sugerem que o depoente faltou com a verdade. Em primeiro lugar, restou comprovado que Rafael José não trabalhou para a reclamada até dezembro de 2015, tendo encerrado seu vínculo em julho daquele ano, cinco meses antes da reclamante. Por conta disso, a princípio a testemunha não teria como informar dados essenciais de seu depoimento que beneficiavam a reclamante, como o fato de que ela cumpriu aviso prévio trabalhando — embora isso pareça um fato acessório, a defesa da reclamada era a de que a reclamante simplesmente deixou de comparecer ao trabalho.

A prova colhida em audiência corrobora a informação de que o réu já não trabalhava para a reclamada quando do encerramento do vínculo da reclamante.

A testemunha Laércio de Jorge<sup>7</sup> é o proprietário da empresa reclamada. Disse que na reclamatória trabalhista o ora réu Rafael confirmou tudo o que a reclamante narrou na ação, sendo que várias coisas ele nem teria como ter presenciado, pois já não trabalhava no posto. Posteriormente ele foi arrolado como testemunha em outra reclamatória trabalhista, onde novamente teria faltado com a verdade. Sua advogada tentou afastá-lo da outra ação com base na alegação da imputação de falso testemunho que ele responde, mas a juíza responsável pela reclamatória indeferiu o pedido, sob a alegação de que se tratava de processo distinto.

O depoente Márcio Roberto Malaquias da Silva<sup>8</sup> narrou que foi funcionário da loja de conveniência que funciona no posto, mas não na mesma época de Rafael. Sabe que o réu trabalhou como frentista no posto, mas quando o depoente começou a trabalhar, em setembro de 2015, ele já havia encerrado o vínculo.

Em seu interrogatório o réu negou que faltou com a verdade quando prestou o depoimento na reclamatória trabalhista. O que aconteceu é que quando do depoimento não conseguiu se expressar direito, dando a entender que ficou

7 Num. 55527809.

8 Num. 55528328.

trabalhando no posto até dezembro. Realmente trabalhou de março a julho, mas depois disso continuou frequentando o posto na condição de cliente, sendo que nessas oportunidades tinha contato com a reclamante. Quanto à questão do cartão de ponto, disse que a reclamante não assinava os cartões porque esse era o procedimento habitual do posto, inclusive consigo; — os cartões eram assinados todos de uma vez só, quando o vínculo se encerrava. Sabia que a reclamante tinha registro em CTPS, tendo trabalhado apenas por alguns meses sem a anotação na carteira. Disse que nunca recebeu adicional de periculosidade e acreditava que nenhum funcionário ganhava esse benefício. Nega ter dito que a reclamante não tinha adicional de periculosidade, apenas afirmou que ele mesmo não recebia esse benefício. Acredita que foi demitido justamente porque passou a cobrar o empregador quanto ao pagamento de adicional de periculosidade. Foi o único funcionário demitido que não ingressou com reclamatória trabalhista. Posteriormente foi arrolado como testemunha em outro processo, mas não chegou a prestar depoimento. Lembra que no dia da audiência estava nervoso, sendo que aquela foi a primeira vez que prestou depoimento na condição de testemunha. Disse que pouco antes de encerrar o vínculo da reclamante, viu ela ensinando outra moça a fazer o seu trabalho e a partir daí deduziu que ela estava cumprindo aviso prévio. Porém, não sabe se ela cumpriu aviso prévio, questão que não foi abordada na audiência. Alegou que no depoimento na Polícia Federal limitou-se a confirmar o depoimento na reclamatória trabalhista porque ficou nervoso, com medo de se complicar mais. Realçou que não tem amizade com a reclamante ou qualquer interesse na causa.

Em que pese a negativa do réu, tenho que a prova aponta de forma segura que ele faltou com a verdade quando prestou depoimento como testemunha na reclamatória trabalhista, tendo consciência do caráter mendaz de várias de suas declarações. A questão chave para o exame do delito é a declaração de Rafael José no sentido de que trabalhou para a reclamada até dezembro de 2015, afirmação que o qualificava como testemunha de importância para a ação trabalhista, na medida em que teria presenciado fatos essenciais para o deslinde da controvérsia, em especial as circunstâncias em que se deu o encerramento do vínculo da reclamante. Em certa medida, as demais informações prestadas pelo depoente (por exemplo, que a reclamada não tinha acesso a determinados adicionais, que não assinava cartão ponto, não recebia horas-extras etc.) só ganham relevância pelo fato de que o depoente teria presenciado essa realidade por meses a fio, até o encerramento do vínculo da reclamante em dezembro de 2015, e não apenas pelo curto interstício de abril a julho, meses que marcam a admissão da reclamante e o desligamento de Rafael José, respectivamente.

A alegação do réu no sentido de que teve dificuldades em se exprimir adequadamente na audiência não se sustenta. Consta no termo de audiência que o depoente informou *"que trabalhou com a reclamante e era registrado pelo posto; que trabalhou no posto reclamado de março a dezembro de 2015, na função de frentista"*. Trata-se de informação tão singela quanto objetiva, que certamente foi deflagrada por uma pergunta também singela e objetiva, por exemplo, de onde conhece a reclamante, se já trabalhou para a reclamada ou coisa do tipo. Além disso, em outro momento o depoente informou que *"a reclamante pediu para sair no dia 02/12 e a viu trabalhando durante o aviso prévio"*, dado que corrobora a informação inicial de que em dezembro de 2015 ele ainda trabalhava no posto,

de modo que via diariamente a reclamante. Se a testemunha efetivamente se expressou mal quando afirmou que trabalhou no posto até dezembro de 2015, por certa essa inconsistência teria sido corrigida quando se passou a tratar da rotina da reclamante na época do encerramento do vínculo. Em outro momento Rafael afirmou que a reclamante cumpriu o aviso prévio trabalhando, mas se essa informação tivesse sido prestada no contexto de que a testemunha tomou conhecimento do fato por frequentar o posto na condição de cliente, isso teria sido percebido pela juíza que presidia a audiência e no mínimo abriria margem a questionamentos complementares.

O réu acrescentou em sua defesa que estava bastante nervoso quando prestou o depoimento na reclamatória trabalhista, creditando a essa condição psicológica aquilo que reputa ser um ruído na comunicação, a distância entre a intenção do que queria dizer e o que acabou dizendo e que foi registrado no papel. No entanto, as perninhas curtas da mentira são visíveis ainda que as coisas sejam focalizadas sob as lentes do alegado nervosismo do depoente.

A testemunha denotar nervosismo durante sua inquirição é algo absolutamente natural e em certa medida esperado — o que geralmente chama a atenção é a situação contrária, ou seja, o depoente estar muito relaxado e seguro de si, como se prestar depoimento em juízo fosse uma ocorrência banal. O fato de ser o centro das atenções num ambiente com o qual não tem intimidade, o desconforto de estar na posição de ser obrigado a responder perguntas cujo conteúdo desconhece, a liturgia da solenidade, enfim, o ambiente próprio de uma sala de audiência causa inegável desconforto para a maioria das pessoas, e eventualmente pode atrapalhar a capacidade do depoente de se exprimir com clareza e naturalidade.

No entanto, se a falta de traquejo é algo comum entre as testemunhas, por certo não o é da parte do juiz que conduz o ato e que dita a versão que compila as declarações e ocorrências da audiência. Justamente por ser o nervosismo uma condição comum entre as testemunhas, a experiência do juiz, sobretudo a quilometragem, por assim dizer, de horas numa sala de audiência, torna-o capaz de separar aquilo que é dito no tom da incerteza, próprio de quem, por nervosismo, não está conseguindo ser claro naquilo que quer dizer, mas não consegue, daquilo que, a despeito de tudo isso, denota ser o produto entre a convergência da intenção e gesto. Nessa ordem de ideias, não é razoável aceitar que a testemunha tenha prestado um longo depoimento querendo dizer que trabalhou com a reclamante até julho de 2015, que depois só tomou conhecimento dos fatos na condição de cliente da reclamada, e que isso tenha sido equivocadamente resumido de modo a indicar que a testemunha foi colega da reclamante até o encerramento do vínculo desta, ou quase isso.

A atitude do réu na fase de investigação não corrobora a tese de que tudo não passou de um mal-entendido, muito pelo contrário. Ao ser inquirido pela autoridade policial<sup>9</sup>, o réu disse que ratificava na íntegra o depoimento prestado na reclamatória trabalhista. Não bastasse isso, em outros dois momentos de seu curto e objetivo depoimento na Polícia Federal, insistiu na ideia de que trabalhou para a reclamante até dezembro de 2015. Primeiro afirmou que trabalhou no posto

por cerca de oito meses (e não quatro, como de fato trabalhou), embora não se recordasse do período específico e logo depois disse que “... *não sabe explicar as contradições entre seu depoimento e os documentos apresentados pela reclamada, em especial os que demonstram que trabalhou somente até julho no posto e seus cartões de ponto*”.

Questionado em juízo sobre esse depoimento, o réu novamente colocou a inconsistência na conta do próprio nervosismo. Alegou que achou melhor confirmar na Polícia Federal tudo o que dissera antes por medo de se complicar. De novo, é tranquilo aceitar que o réu estava nervoso quando prestou o depoimento perante a autoridade policial. Afinal, se a condição de testemunha em uma reclamatória trabalhista é algo que traz algum desconforto para a generalidade das pessoas, ter que prestar depoimento na condição de investigado na Polícia Federal é coisa de abalar quem acredita ter nervos de aço.

Entretanto, o fato é que a inquirição no inquérito se limitou a umas poucas perguntas objetivas, sendo que nessas respostas o réu conscientemente insistiu numa versão que é desmentida pelo confronto entre sua CTPS e o calendário. Ele sabia que não trabalhou oito meses como frentista e sabia que em julho de 2015 seu vínculo havia sido encerrado, e a despeito disso contou uma história bem diferente à autoridade policial.

Tudo bem pesado e medido, entendo que as provas comprovam, além de dúvida razoável, que o réu incorreu no crime de falso testemunho, de modo que deve ser condenado nas sanções do art. 342 do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* do réu se insere no grau médio e o acusado não apresenta *antecedentes*. As *consequências* do crime e as *circunstâncias* em que praticado o delito não fogem do corriqueiro em delitos dessa natureza. O *motivo* não foi esclarecido e considerada a natureza do crime não há que se falar em *comportamento da vítima*. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo circunstância particularmente desfavorável à ré, fixo a pena-base no mínimo, em 2 anos de reclusão.

Ausente agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento o de diminuição, de modo que a pena definitiva fica em 2 anos de reclusão.

Condeno o réu também ao pagamento de 10 dias multa, fixado o dia multa em 1/30 do salário mínimo vigente em janeiro de 2018.

Presentes os requisitos elencados nos incisos I e II do art. 44 do Código penal (pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 anos; crime praticado sem violência ou grave ameaça; réu não reincidente em crime doloso) e por entender ser suficiente à prevenção e repressão do crime praticado (art. 44, III, do CP), substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviços à entidade pública, nos termos do art. 46 do Código penal, pelo período igual ao da condenação, ou seja, 2 anos e uma de prestação pecuniária, consistente no pagamento do valor equivalente a 1 salário mínimos vigentes à época do pagamento em favor de entidade pública beneficente,



cabendo ao Juízo das Execuções Penais indicar a entidade assistencial e o local da prestação de serviços.

### *III – DISPOSITIVO*

Diante do exposto, julgo *PROCEDENTE* a denúncia, para o fim de condenar *RAFAEL JOSÉ DOS SANTOS* ao cumprimento da pena de 2 anos de reclusão e ao pagamento de multa equivalente a 10 dias-multa, arbitrado o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente em janeiro de 2018. Fica a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito nos termos da fundamentação.

O regime inicial para cumprimento da pena, se necessário, será o aberto.

O réu poderá recorrer em liberdade.

Custas pelo condenado.

Após o trânsito em julgado desta sentença, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e oficie-se à Justiça Eleitoral em cumprimento ao disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal.

*Fixo os honorários do advogado dativo no valor máximo da tabela. Com o trânsito em julgado, requisite-se o pagamento.*

Publique-se. Intimem-se.

Araraquara, 26 de setembro de 2022.

## **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

### **5017955-51.2019.4.03.6182**

Embargante: BIMBO DO BRASIL LTDA  
Embargada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP  
Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP  
Disponibilização da Sentença: DJEN 14/03/2022

### **SENTENÇA**

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos entre as partes acima assinaladas, buscando afastar a cobrança de tributos, e de seus acessórios.

Impugna a parte embargante a cobrança, apontando, em breve síntese:

- A execução fiscal foi garantida antecipadamente por meio de seguro garantia oferecido em demanda que visava obter tutela “cautelar” em caráter antecedente julgada procedente;

- No desenvolvimento de suas atividades, foi autuada pela embargada para a cobrança de valores a título de IRPJ/CSLL, relativos ao ano-calendário de 2011, pelo fato de, na apuração do lucro real, ter feitos exclusões (supostamente) indevidas, que diziam respeito a (i) *reversões de provisões indedutíveis* e (ii) *amortizações de ágio pela aquisição das empresas Nutrella Alimentos S.A. (“NUTRELLA”) e Panifício Laura Ltda. (“LAURA”)*;

- A glosa referente às exclusões efetuadas no ano-calendário de 2011 a título de *reversão de provisões indedutíveis* no valor total de R\$ 67.129.310,79 foi realizada sob a justificativa de *não estarem refletidas na documentação apresentada pela embargante*;

- A glosa diz respeito às seguintes contas contábeis: (i) crédito de liquidação duvidosa (CC 1113.0001 e 1113.0002); (ii) perda na alienação de bens (CC 1214.000 e 1219.0022); (iii) processos tributários (CC 2116.0331); (iv) processos trabalhistas (CC 2116.0330); (v) provisão PLR (CC 2118.0003); (vi) provisão para ações ordinárias (CC 2116.0332); (vii) provisão para empréstimos compulsórios (CC 1292.0001); (viii) provisão bonificação a clientes (CC 2118.0308); e (ix) outras provisões;

- O AI ora combatido não questiona a natureza das provisões constituídas pela embargante e tampouco os valores que foram atribuídos a cada conta contábil, além de não contestar qualquer método de natureza contábil para o tratamento destes fatos econômicos. O fundamento da glosa se restringe ao fato de que não haveria um casamento entre os valores encontrados no LALUR e aqueles consignados na contabilidade da embargante;

- Assim, o AI que se limitou a afirmar que *as exclusões teriam sido feitas de forma equivocada*.

Para fins de apuração do IRPJ, as provisões, via de regra, são indedutíveis, devendo ser adicionadas ao lucro real e, por consequência, oferecidas à tributa-

ção, consoante artigo 249, inciso I, do Decreto Federal 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda vigente à época do ano-calendário autuado – RIR/1999).

A legislação tributária autoriza a constituição de todas as provisões contábeis que a administração da companhia julgue necessárias, desde que uma adição no mesmo valor seja efetuada para neutralização do seu impacto na apuração do lucro real.

Quando provisões não dedutíveis são constituídas (com a consequente redução no lucro líquido), a empresa deverá adicionar o valor respectivo ao lucro líquido do período de apuração, de forma que a provisão seja neutra do ponto de vista fiscal. Esta adição será efetuada na Parte A do LALUR (que impacta diretamente a apuração do lucro real), sendo controlada na Parte B do LALUR para futura dedução (se e quando os pressupostos legais para dedução da despesa forem verificados).

As provisões classificadas como indedutíveis, se adicionadas à apuração do lucro real em determinado período de apuração, poderão – e devem – ser excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no período em que ocorrer a respectiva reversão pela empresa.

*No caso, a embargante constituiu as provisões das obrigações ou perdas de ativos no ano-calendário de 2010, adicionando à apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL o valor total de R\$ 67.129.310,79.*

*No ano-calendário de 2011 (período objeto da presente autuação), após a não materialização das provisões constituídas no período anterior, a embargante efetuou as respectivas exclusões na Parte A do seu LALUR, exatamente no valor de R\$ 67.129.310,79.*

*Por isso, as (i) provisões constituídas pela embargante não foram deduzidas; e (ii) os valores registrados em cada conta contábil, de provisão, são exatamente os mesmos nos anos-calendários de 2010 (constituição da provisão e adição ao lucro real) e 2011 (reversão da provisão e exclusão no LALUR).*

*Os procedimentos fiscais e contábeis, adotados pela embargante, estão de acordo com as disposições dos artigos 335 a 339 e 249 do RIR/1999, isto é, verificadas as provisões não dedutíveis no período de 2010, estas foram adicionadas ao respectivo lucro líquido do período de apuração (R\$ 67.129.310,79). Em 2011, havendo a reversão das referidas provisões, foi efetuada a exclusão no LALUR nos mesmos valores (R\$ 67.129.310,79).*

*Em suma, por se tratar de provisões indedutíveis, os seus valores foram inicialmente adicionados na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL (2010). Assim, no período subsequente àquele no qual as provisões foram constituídas e adicionadas, foi realizada a exclusão na apuração do lucro real em função da reversão, restando comprovado que não houve, em momento algum, a sua dedução.*

Assim, os procedimentos fiscais e contábeis adotados no período autuado não geraram qualquer dedução indevida de provisões, as quais já haviam sido adicionadas no período anterior. A embargante seguiu, à risca, o procedimento em questão;

· No tocante à *glosa das despesas com amortização de ágio*, o respectivo crédito tributário foi fulminado pela *decadência*.

A autuação pretende exigir valores de IRPJ e CSLL relacionados à *glosa de despesas de amortização ágio incorridas pela embargante no ano de 2011*. Ocorre, entretanto, que o ativo diferido, por ela adquirido, foi formado nas datas de 25/08/2008 e 01/12/2008, devido à reestruturação societária e operacional do grupo. Ora, considerando a legislação tributária em vigor, não caberia ao Fisco lavrar, em pleno ano de 2016, um Auto de Infração para questionar atos jurídicos perfectibilizados no ano de 2008.

À luz do artigo 150, §4º, do CTN, o início da contagem do prazo decadencial não deve ser o ano-calendário em que ocorreu a dedução da despesa de amortização de ágio; pelo contrário, o marco inicial para a contagem desse prazo é a data do evento capaz de promover alteração na situação patrimonial, que, no caso em tela, corresponde às datas de 25/08/2008 e 01/12/2008, quando houve a formação do ativo diferido.

*Assim, no ano de 2016, já havia se operado a decadência em relação ao direito do Fisco de questionar a dedutibilidade das despesas com ágio, incorridas, pela Embargante, relativamente a ativo diferido que se formou no ano de 2008.*

· No mérito, a *glosa das despesas com amortização de ágio* não merece prosperar.

Todos os atos envolvidos na operação de *aquisição da LAURA* pela embargante estão devidamente evidenciados e comprovados, não sendo legítima qualquer alegação que pretenda colocar em dúvida os seus efeitos fiscais e contábeis. *O ágio foi gerado em operação legítima de compra e venda realizada pela embargante, a qual está respaldada nos documentos juntados aos presentes autos.*

Em novembro de 2007, visando à aquisição da totalidade das quotas da sociedade LAURA, a embargante firmou, com os Srs. Rômulo Romanato ("Rômulo") e César Francisco Romanato ("César") – então sócios daquela empresa, um Contrato de Compromisso de Compra e Venda. Na oportunidade, a embargante efetuou o adiantamento de parte do valor de aquisição, correspondente a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). Posteriormente, em 02/01/2008, a embargante quitou o residual do valor de aquisição, equivalente a R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais), e, com isso, passou a deter as quotas da sociedade LAURA, conforme aprovado pelo o Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social daquela empresa, datado de 02/01/2008. O referido instrumento aprovou o ingresso da embargante (99,99%) e do Sr. Roberto de Azevedo (0,01%) como únicos sócios da empresa. Tendo em vista que o patrimônio líquido adquirido pela embargante era de R\$ 0,00 (zero reais) e que o valor pago por ela na aquisição das quotas societárias foi de R\$ 28.000.000,00 (vinte e oito milhões de reais), ela registrou um ágio no exato valor de R\$ 28.000.000,00 (= preço de aquisição – patrimônio líquido), conforme atestado pelos auditores independentes da sociedade, em suas Demonstrações Financeiras relativas ao período de 2008. *Por fim, em 28/08/2008, a LAURA foi incorporada, a valor de livros, conforme atestam a 32ª Alteração Contratual da embargante e o Laudo de Avaliação Contábil da LAURA. Com isso, o ágio antes registrado pela embargante se tornou ativo diferido, passível de amortização fiscal nos termos da Lei Federal nº 9.532/1997. O ágio começou, então, a ser amortizado mensalmente pela embargante, gerando despesas mensais que passaram a ser deduzidas. Portanto, no ano de 2011, as exclusões relativas às*

*despesas de amortização de ágio decorrem justamente da operação acima descrita. Tanto foi assim, que a aquisição da LAURA pela embargante foi veiculada em diversos meios de comunicação, principalmente jornais e revistas eletrônicas;*

· Ainda quanto à *glosa das despesas com amortização de ágio*, no que toca à *aquisição da NUTRELLA*, em maio de 2008, a embargante celebrou Contrato de Compra e Venda de Ações com os Srs. Ari Neitzke ("Ari"), Albino Neitzke ("Albino"), Astrid Kepler Neitzke ("Astrid"), Alexandre Kepler Neitzke ("Alexandre") e Daniel Kepler Neitzke ("Daniel"), então sócios da NUTRELLA. O objeto da aquisição era 75% da participação societária da referida empresa. Os outros 25% eram detidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – "BNDES". Dessa forma e nos termos do Contrato de Compra e Venda, a embargante adquiriu 75% das ações da NUTRELLA, mediante o pagamento do valor total de R\$ 192.000.000,00 (cento e noventa e dois milhões de reais). Considerando que o patrimônio líquido adquirido pela embargante era de R\$ 30.257.994,66 (trinta milhões, duzentos e cinquenta e sete mil, novecentos e noventa e quatro reais e sessenta e seis centavos) e que o valor pago por ela na aquisição das quotas societárias foi de R\$ 192.000.000,00 (cento e noventa e dois milhões de reais), ela registrou um ágio no exato valor de R\$ 161.742.005,34 (cento e sessenta e um milhões, setecentos e quarenta e dois mil e cinco reais e trinta e quatro centavos; = preço de aquisição – patrimônio líquido), conforme atestado pelos auditores independentes da sociedade, em suas Demonstrações Financeiras relativas ao período de 2008. Em junho de 2008, em continuidade à operação, a embargante adquiriu os 25% restantes relativos à participação do BNDES na NUTRELLA, tendo pago o valor total de R\$ 60.666.606,00 (sessenta milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, seiscentos e seis reais), consoante se verifica daquelas Demonstrações Financeiras supracitadas. Relativamente a essa segunda etapa, a embargante registrou um ágio no valor de R\$ 50.540.198,17 (cinquenta milhões, quinhentos e quarenta mil, cento e noventa e oito reais e dezessete centavos). Isso porque o patrimônio líquido adquirido pela embargante era de R\$ 10.126.407,84 (dez milhões, cento e vinte e seis mil, quatrocentos e sete reais e oitenta e quatro centavos) e o valor pago por ela na aquisição de 25% das quotas societárias foi de R\$ 60.666.606,00 (sessenta milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, seiscentos e seis reais). *Por fim, em dezembro de 2008, a NUTRELLA foi incorporada pela embargante, a valor de livros, conforme atestam a Ata de Assembleia Geral Extraordinária da NUTRELLA, datada de 01/12/2008, e o Protocolo de Justificação e Laudo de Avaliação Contábil. Com isso, o ágio antes registrado pela embargante se tornou ativo diferido, passível de amortização fiscal nos termos da Lei Federal nº 9.532/1997. O ágio começou, então, a ser amortizado mensalmente pela embargante, gerando despesas mensais que passaram a ser deduzidas. Portanto, no ano de 2011, as exclusões relativas às despesas de amortização de ágio decorrem justamente da operação acima descrita. Tanto foi assim que a aquisição da NUTRELLA pela embargante foi veiculada em diversos meios de comunicação, principalmente jornais e revistas eletrônicas;*

· O Auto de Infração ora combatido não questiona a legitimidade do ágio ou das operações comerciais e societárias que nele resultaram e muito menos eventual ausência de substância econômica nas operações realizadas. O lançamento foi perpetrado em razão da suposta ausência de esclarecimentos acerca

dos fatos que ensejaram as despesas de amortização do ágio. Portanto, o que se está discutindo é tão somente a demonstração dos fatos que geraram os ágios em questão;

- No curso do processo Administrativo a embargada emitiu Termo de Constatação Fiscal (fls. 14225/14236) no qual confirmou que as operações citadas ocorreram na forma prevista nos contratos, assim como confirmou o efetivo pagamento dos preços estabelecidos;

- O Fisco afirma que os laudos de avaliação econômico-financeira das empresas adquiridas teriam sido elaborados em data posterior à aquisição/incorporação, o que inviabilizaria a utilização destes documentos para fundamentar os ágios pagos. *Todavia, a legislação vigente à época da formação do ativo diferido não exigia qualquer forma ou metodologia de cálculo específica como fundamentação do ágio que fosse pago.* Na verdade, à luz do artigo 385, §3º, do RIR, a empresa deveria apenas manter demonstração que comprovasse o registro do ágio justificado economicamente com base na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. *A exigência acerca da elaboração de laudo veio apenas com a edição da Lei Federal nº 12.973/2014, i. e., seis anos após a realização das operações comerciais e societárias ora tratadas, e que passou a impor requisitos à forma de apresentação da demonstração a que se refere o artigo 385, § 3º, do RIR/99, mediante a alteração que promoveu na redação dada ao artigo 20, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Antes da vigência da Lei Federal nº 12.973/53. 2014, não havia qualquer requisito exigido relativamente ao demonstrativo que viesse a fundamentar o ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura;*

- No referido Termo, foi alegado que os laudos apresentados não se prestam a qualificar o valor do ágio fundamentado no valor de rentabilidade futura das empresas adquiridas, pois não teriam feito uma avaliação do valor de mercado dos ativos e passivos adquiridos. Foi afirmado, ainda, que a expectativa de rentabilidade futura é valor residual a ser apurado depois de valorar a mercado os ativos e passivos identificáveis, o que, segundo o Auditor-Fiscal, não teria sido feito nos laudos de avaliação econômico-financeira apresentados. *Sucedendo que a legislação vigente à época dos fatos não indicava, no que se refere à alocação do ágio, qualquer ordem ou necessidade de alocação mínima para um ou outro fundamento econômico (valor de mercado de bens do ativo ou valor de rentabilidade futura).*

*Somente com a edição da Lei Federal nº 12.973/2014, foi estabelecida uma nova forma de alocação, determinando que o ágio pago na aquisição de participações societárias fosse segregado em: (i) patrimônio líquido da participação adquirida; (ii) mais ou menos valia dos ativos da adquirida, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o patrimônio líquido; e (iii) ágio por rentabilidade futura, que corresponde ao valor residual do custo de aquisição do investimento.*

*Contudo, não há como admitir a aplicação das regras instituídas pela Lei Federal nº 12.973/2014 aos fatos objeto do presente processo, os quais estão apenas sujeitos à aplicação das disposições originais do Decreto-lei nº 1.598/1977 e da Lei Federal nº 9.532/1997 (sem as alterações promovidas pela Lei Federal nº 12.973/2014). Tais regras não estabeleciam qualquer tipo de alocação obrigatória do ágio ou impunham a observância de formalidades em relação aos laudos de*



*avaliação. A Lei Federal nº 12.973/2014 é expressa ao dizer que os requisitos por ela estabelecidos com relação aos laudos de avaliação não são aplicáveis às participações societárias adquiridas até 31/12/2013 ou até 31/12/2014, dependendo da opção da empresa pela (não) aplicação imediata dos efeitos daquela norma;*

- *O Fisco não poderia ter rejeitado os laudos de avaliação e documentos apresentados com base em alegações genéricas, sem contrastá-los com prova de igual ou superior nível de profundidade;*

- *No referido Termo de Constatação Fiscal, o Fisco também argumenta que os ágios, reconhecidos pela Embargante, não teriam sido contabilizados de acordo com a legislação, uma vez que foram efetuadas exclusões diretamente no seu LALUR. Todavia a legislação vigente à época não trazia qualquer impeditivo de exclusão das amortizações diretamente no LALUR. Outrossim, ao reconhecer que (1) as operações de fato ocorreram na forma dos contratos de compra e venda; e que (2) houve a comprovação dos pagamentos efetuados pela embargante, o Auditor Fiscal atestou o cumprimento dos requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.532/1995 para a amortização fiscal dos ágios, de sorte que não cabe inventar novas justificativas com o simples intuito de impedir que a embargante exerça o seu direito;*

- *O Fisco, na atividade de lançamento, é obrigado à busca pela verdade material, cabendo ao Auditor Fiscal carrear aos autos elementos comprobatórios suficientes para que não restem dúvidas quanto à existência do fato gerador não podendo se basear em ilações, de modo que o lançamento há de ser cancelado,*

- *É inaplicável a multa de ofício agravada por não atendimento à fiscalização. Em 09/11/2016, a embargante foi intimada, pelo Fisco, para prestar informações acerca das amortizações dos ágios. Ocorre que, decorridos apenas 20 (vinte) dias desde a referida intimação, i.e., em 29/11/2016, foi contra ela lavrado o AI ora em discussão. A despeito do exíguo prazo que lhe foi concedido para o cumprimento da exigência, o Auditor-Fiscal houve por bem imputar à embargante o pagamento de multa de ofício agravada, equivalente a 112,5% dos tributos cobrados (em vez do regular montante de 75%), pelo não atendimento daquela intimação, nos moldes do artigo 44, inciso I e §2º, da Lei n.º 9.430/1996.*

· *· Ao longo do procedimento de Fiscalização, que culminou na lavratura do AI, o Fisco fez várias exigências à Embargante, desde a apresentação dos arquivos digitais contendo o LALUR relativo ao ano de 2011, à apresentação dos atos constitutivos e posteriores alterações (originais e cópias), incluindo atas de assembleias gerais e de reuniões da diretoria ou conselho. Todas essas exigências foram devidamente atendidas pela embargante. Apenas em função das dificuldades de localizar algumas informações e documentos, a embargante solicitou prazos adicionais para o cumprimento das intimações em questão.*

· *Acontece que isso foi reconhecido pelo próprio Fisco, tanto que, no Auto de Infração, ele é bastante específico ao explicar que o agravamento da multa de ofício se deu exclusivamente em razão do não atendimento daquela intimação de 09/11/2016.*

· *Não é razoável que a ausência de resposta a apenas uma intimação, recebida pela embargante 20 dias antes da lavratura do Auto de Infração, resulte na aplicação de uma multa de 112,5%. Conforme posição já pacificada pela jurisprudência,*

essa majoração da penalidade só é cabível quando for comprovada intenção de embaraço à fiscalização, o que evidentemente não ocorreu no presente caso.

- A embargante não deu causa ao agravamento da multa de ofício. De todo modo, ainda que assim se considerasse, fato é que, tendo a intimação de 09/11/2016 sido referente à amortização do ágio, a majoração da penalidade jamais poderia recair sobre a totalidade do crédito tributário objeto do Auto de Infração, mas tão somente sobre a parcela a ele relativa (ágio);

- Pede a produção de prova pericial contábil a fim de comprovar: (i) Em relação à glosa de reversão de provisões indedutíveis, que os procedimentos contábeis e fiscais adotados no período autuado não geraram qualquer dedução indevida de provisões, as quais já haviam sido adicionadas à apuração do lucro real em período anterior; e demonstrar que: (ii) No tocante à glosa da amortização das despesas com ágio, as operações comerciais e societárias ocorreram, tendo sido cumpridos todos os requisitos previstos na legislação vigente à época, de modo que restam legitimadas as amortizações realizadas pela embargante.

Com a inicial, vieram documentos.

Emenda à inicial a ID 19962027

Os embargos foram recebidos *com efeito suspensivo* (ID 20566926).

A embargada apresentou impugnação (ID 22063012) onde defendeu:

- Inocorrência de decadência, eis que a data da aquisição com ágio não influencia na contagem do prazo decadencial, que tem como marco inicial a data de ocorrência do fato gerador do imposto lançado ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Considerando os termos do artigo 173, I, do CTN, o início do prazo para a Fazenda Pública constituir o débito mais antigo se deu em 01/01/2012 (1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado). Assim, com a notificação do lançamento em 01.12.2016- momento em resta constituído o crédito fiscal - não há que se falar no transcurso do prazo de cinco anos;

- Quanto às provisões indedutíveis, a embargante alega em sua defesa que, após a constatação das provisões não dedutíveis no período de 2010, houve a reversão das mesmas, sendo efetuado sua exclusão no LALUR nos mesmos valores. Entretanto, não há registro na sua escrituração contábil das referidas reversões, razão pelo qual não há justificativa para as exclusões promovidas no LALUR, eis que os incisos I e II do art. 250 do RIR, somente permitem a exclusão do LALUR dos valores correspondentes da efetiva reversão das provisões realizadas na contabilidade;

- Ao contrário do que alega a embargante, houve, sim, questionamento acerca da natureza das provisões constituídas, tendo a autoridade fiscal, desde o início da fiscalização solicitado o detalhamento do item "Outras Exclusões" do LALUR para que fosse apresentada a demonstração da origem dos valores e das contas contábeis;

- *No que se refere ao ágio, não houve comprovação do ágio declarado. Para o reconhecimento da dedutibilidade de ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, e 385 e 386 do RIR/99, o laudo do seu fundamento econômico deve ser elaborado antes do efetivo pagamento da "mais valia" a que se refere.*

*No caso concreto, a embargante não logrou trazer documentos comprobatórios da operação de ágio, tendo em vista que os laudos apresentados datados de 01/12/2008 foram posteriores à aquisição das empresas "Laura" e "Nutrella", motivo pelo qual a extemporaneidade impede sua utilização como fundamento do ágio. Ao contrário do que alega o embargante, no sentido de que não haveria previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos, o §3º do art. 385 do RIR/99 exige que a perspectiva de rentabilidade futura seja lastreada em demonstração contábil, devidamente arquivada e escriturada, sob a forma de laudo ou outra qualquer;*

*· Em relação à alocação do ágio, não merece acolhida a alegação da embargante que o art. 20 § 2º não indicaria qualquer ordem ou necessidade de alocação mínima para um outro fundamento (valor de mercado de bens do ativo ou rentabilidade futura). A formação do ágio não ocorre de forma aleatória, mediante simples opções de enquadramento, tendo cada uma das hipóteses do art. 385, §2º, do RIR/99 um tratamento tributário diferenciado previsto no art. 386 do RIR/1999. Além disso, restou consignado no AI que a fundamentação econômica baseada exclusivamente na rentabilidade futura foi inadequada;*

*· Os laudos apresentados foram considerados imprestáveis, pois tratavam apenas da rentabilidade futura, sem qualquer referência ao valor de marcas e de outros intangíveis e bens do ativo que deveriam ter sido considerados. Os laudos adotaram o método do fluxo de caixa descontado para calcular o valor das empresas adquiridas como um todo. Nada há de ilegal nisso se ele for tomado apenas como um subsídio para as partes fixarem o preço do negócio. Para fins tributários, porém, especificamente no tocante à fundamentação econômica dos ágios com base nas hipóteses previstas no art. 385, § 2º, do RIR/1999, os laudos são imprestáveis, já que a partir deles não é possível determinar nos negócios realizados os montantes dos ágios que devem ser imputados a cada uma das hipóteses. Por outro lado, resta evidente, pela análise dos documentos de fls. 3123 a 3152, em especial às fls. 3129, e de fls. 3196 a 3213, em especial às fls. 3204, que há uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE PANIFÍCIO LAURA LTDA, assim como uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE NUTRELLA ALIMENTOS S.A, comprovando que marcas e outros ativos intangíveis da investida eram, ao menos, uma parte do fundamento econômico do ágio pago pela investidora, assim como haviam ativos que deveriam ter sido avaliados a valor de mercado, para se aferir o devido tratamento a cada uma das hipóteses legais. Por tais razões, correto o procedimento adotado pela autoridade autuante, impedindo que os fatos efetivamente ocorridos tenham um tratamento tributário diverso do previsto na norma tributária então vigente;*

*· Dessarte, não comprovou a embargante que o ágio existiu e nem que o fundamento econômico atribuído corresponde à realidade;*

*· O processo fiscalizatório incorporou o princípio da verdade material e representou seu total exaurimento;*

*· Quanto à multa de ofício aplicada, não merece acolhida a alegação de que a multa decorreu exclusivamente em razão do não atendimento da intimação ocorrida em 09/11/2016. Isso porque, desde o início da fiscalização em 2014,*

o embargante foi demandado para apresentação do LALUR do correspondente ano-calendário, com o detalhamento do item Outras Exclusões (demonstração da origem dos valores e as respectivas contas contábeis que as compuseram), intimação esta não atendida até o final da fiscalização. Frise-se que a multa de ofício aplicada pelo Fisco Federal decorreu não do mero inadimplemento tributário, mas da ausência de atendimento da intimação dos fiscais pelo contribuinte fiscalizado, deixando de prestar esclarecimentos, conforme se depreende do auto de infração. Ademais, a finalidade punitiva e dissuasória da multa justifica a sua fixação em percentual elevado.

A ID 24768123 a embargante ratificou o pedido de produção de prova pericial contábil, apresentou quesitos, indicou assistentes e pediu a produção de prova documental suplementar para o fim de atender às demandas do perito, além de formular quesitos suplementares.

A embargada apresentou seus quesitos a ID 25327477.

Foi deferida a prova pericial contábil (ID 25735607).

Veio o laudo pericial a ID 43082766.

A embargante manifestou-se sobre a perícia a ID 44463683, apresentando parecer elaborado por seu assistente técnico.

Despacho de ID 43156875 determinou que a embargante demonstrasse especificamente quais os pontos controvertidos acerca do laudo que mereciam esclarecimento do perito. Determinou-se ainda a manifestação da embargada sobre o laudo.

A ID 46230009 a embargante esclareceu os pontos controvertidos.

A embargada manifestou-se sobre o laudo pericial a ID 46252127 concordando integralmente com o seu conteúdo.

Determinou-se a intimação do perito para esclarecimentos quanto aos aspectos questionados pela embargante (ID 47743728).

O perito prestou esclarecimentos a ID 52930721.

Decisão de ID 58274742 .

Vieram os autos conclusos para sentença.

*É o relatório. DECIDO.*

#### **ÔNUS DA PROVA EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO**

Os atos administrativos que desaguam na inscrição, como essa própria e a certidão dela retirada gozam de presunção de veracidade e legitimidade.

Além disso, a certidão de dívida ativa também goza da liquidez e certeza decorrentes de sua classificação legal como título executivo extrajudicial.

*A principal decorrência desse fato é o de que, em executivo fiscal, o ônus da prova recai integralmente sobre o contribuinte.*

Ele deve demonstrar todos os fatos constitutivos de sua pretensão elisiva do título executivo.

O Fisco nada tem de demonstrar, embora possa eventualmente fazer contraprova.

Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que:

"Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de certeza e liquidez, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que irá enfraquecê-lo (...). No caso a certidão da dívida ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pela embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova, como nem foi requerida a posterior produção de elemento probatório."

(Acórdão da 5ª T. de extinto E. Tribunal Federal de Recursos, na Apel. Cív. nº 114.803-SC; rel. Min. Sebastião Reis - Boletim AASP nº 1465/11).

Essas conclusões são corroboradas pela dupla natureza da certidão de dívida ativa. O Estatuto Processual confere valor de título executivo à CDA (art. 784, IX) porque deriva de apuração administrativa do "*an*" e do "*quantum debeatur*", levada a cabo por órgãos dotados de conhecimento jurídico (Procuradorias dos Entes de Direito Público), cuja atividade conclui-se com o termo de inscrição. Como todo ato administrativo, reveste-se de presunção de legitimidade e veracidade. Por meio de procedimento adequado, perfaz-se o "controle da legalidade e da exigência", como ensinam MANOEL ÁLVARES *et alii*, in "Lei de Execução Fiscal", São Paulo, RT, 1997.

A CDA, portanto, é dotada de dobrada fé: a) primeiro porque se supõe legítima enquanto compartilha "característica comum aos atos administrativos em geral", conforme lição de C. A. BANDEIRA DE MELLO ("Curso de Direito Administrativo, S. Paulo, Malheiros, 1993); b) em segundo lugar, porque dotada de eficácia de título extrajudicial, gerando o interesse de agir para esta espécie de processo.

Nessa linha de pensamento, observe-se que não faz sentido impor à entidade exequente qualquer atividade demonstrativa de seu crédito, como parece(m) querer a(s) embargante(s). Preleciona, a respeito, S. SHIMURA:

"A base da execução não é a obrigação, mas sim o título, de cuja causa foi abstraído. O título não é a prova da obrigação ou do crédito. Sua função é autorizar a execução, pois fixa seu objeto, sua legitimidade e seus limites de responsabilidade. Note-se que a obrigação apenas remotamente enseja a execução.

Em atenção à eficácia do título como documento, o mesmo tem eficácia formal independentemente da legitimidade substancial da causa da obrigação. O crédito é o motivo indireto e remoto da execução. O fundamento direto, a base imediata e autônoma da execução é o título executivo, exclusivamente.

Por outras palavras, a execução decorrente do título, judicial ou extrajudicial, não fica condicionada nem à existência nem à prova do crédito. Daí afirmar-se sua autonomia em relação ao liame de natureza material." ("Título Executivo", S. Paulo, Saraiva, 1997)

Por isso, carecem de sentido as alegações da embargante no sentido de que à embargada é quem caberia a demonstração do acerto da autuação que ensejou os créditos em cobro por suposta aplicação do princípio da verdade real. *Trata-se de verdadeira tentativa de inversão ônus da prova, inaceitável por sua total contrariedade à sistemática da defesa na execução fiscal.*



## DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO À GLOSA DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Prescrição é um fenômeno que pressupõe a inércia do titular, ante a violação de um direito e ao decurso de um período de tempo fixado em lei. Seu efeito próprio é a fulminação da pretensão. Não é o próprio direito subjetivo material que perece, mas a prerrogativa de postular sua proteção em Juízo. Por tal razão, o início do curso do prazo fatal coincide com o momento em que a ação poderia ter sido proposta. O fluxo se sujeita à interrupção, à suspensão e ao impedimento.

*Já a decadência é o prazo para exercício de um direito (potestativo) que, em si, gera instabilidade jurídica, de modo que a lei o institui para eliminar tal incerteza, caso o titular não o faça antes, pelo puro e simples esgotamento da faculdade de agir.*

É renunciável o direito de invocar a prescrição, mas não antes de consumada (CC, 161), podendo tal renúncia ser expressa - não há forma especial - ou tácita - quer dizer, por ato de ostensivo reconhecimento do direito ao qual se refere à pretensão prescrita. Pode ser alegada a qualquer tempo e instância (CC, 162) e atualmente reconhecida de ofício (artigo 487, inciso II, do NCPC).

Contra a Fazenda Pública, é de cinco anos (D. 20.910/31, art. 1º). Não corre enquanto pender apuração administrativa da dívida (art. 2º). Quando se tratar de prestações periódicas, extinguem-se progressivamente. Somente se interrompe uma vez, recomeçando pela metade, consumando-se no curso da lide a partir do último ato ou termo (art. 3º do D. 4.597/42).

Conforme o ensinamento de AGNELO AMORIM FILHO (RT n. 300/7), a prescrição está ligada às ações que tutelam direitos de crédito e reais (direitos que têm como contrapartida uma prestação). Tais são as ações condenatórias (e as execuções que lhes corresponderem). Às mesmas é que se referia o art. 177 do Código Civil de 1916 e ora são cuidadas pelos arts. 205/6 do CC/2002.

*Diversamente, na decadência é o próprio direito que se extingue. Verifica-se, ao menos no campo do Direito Privado, que assim sucede em casos nos quais direito e ação nascem simultaneamente. Não pressupõe violação do direito material, pois o início do prazo está vinculado ao seu exercício normal. E uma vez que principie, flui inexoravelmente.*

Os direitos que decaem pertencem ao gênero dos potestativos. Caracterizam-se pelo poder de modificar a esfera jurídica de outrem, sem o seu consentimento. Contrapõem-se a um estado de sujeição. Têm correspondentes nas ações constitutivas, positivas e negativas que, justamente, têm como objetivo a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas. E estas só fenecem, juntamente com o direito subjetivo material, quando houver prazo especial previsto em lei.

Por corolário, são perpétuas as ações constitutivas que não tenham prazo previsto e as ações declaratórias.

*No campo do Direito Tributário, a matéria sofreu o influxo da principiologia publicística, sem se afastar dos conceitos acima delineados. O CTN, art. 156, V, alinha a prescrição e a decadência como formas de extinção do crédito tributário.*

A primeira vem tratada pelo art. 174, atingindo a ação de cobrança, definindo-se a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário



(isto é, da comunicação do lançamento ao sujeito passivo). Interrompe-se pela citação pessoal do devedor (ou pelo despacho que a ordenar: art. 8º, par. 2º, da Lei n. 6.830/80), pelo protesto ou ato judicial que o constitua em mora e por ato inequívoco de reconhecimento do débito. Suspende-se por cento e oitenta dias, operada a inscrição, ou até o ajuizamento da execução fiscal (art. 1º, par. 3º, da Lei n. 6.830/80).

A decadência foi objeto do art. 173, que se refere a um direito potestativo - o de constituir o crédito tributário e também é quinquenal, contando-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, da decisão que houver anulado o lançamento anteriormente efetivado ou da notificação, ao contribuinte, de medida preparatória à formalização do crédito tributário.

*Em termos simples, nos cinco anos contados do exercício seguinte àquele do fato gerador, o Fisco pode lançar o tributo. Só então é que se torna certa a obrigação, o montante e o sujeito passivo (art. 142, CTN) e, portanto, que se pode cuidar da cobrança. Como lembra PAULO DE BARROS CARVALHO, "... a solução harmonizadora está em deslocar o termo inicial do prazo de prescrição para o derradeiro momento do período de exigibilidade administrativa, quando o Poder Público adquire condições de diligenciar acerca do seu direito de ação. Ajusta-se assim a regra jurídica à lógica do sistema." ("Curso de Direito Tributário", São Paulo, Saraiva, 1991).*

*É verdade, com respeito aos tributos cujo sujeito passivo deva adiantar o pagamento, que o prazo decadencial ocorreria em cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN). Mas isso só se admite caso as declarações do contribuinte venham acompanhadas do pagamento. Nesse caso, cinco anos após o fato gerador sobrevém a assim chamada homologação tácita e é nesse sentido que o direito de lançar decai. Não havendo recolhimento antecipado à atividade administrativa, o termo inicial da contagem da decadência não será o do art. 150, par 4º, CTN e sim o do art. 173.*

Somente após a homologação, expressa ou tácita, no primeiro caso comunicado ao contribuinte, é que se pode contar o quinquênio da prescrição. Os dois prazos (de decadência e de prescrição) não correm juntos, porque a pretensão de cobrança só surge depois de consumado o exercício daquele direito, de uma das formas descritas.

Com respeito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação ou autolancamento (art. 150, do CTN), considera-se constituído o crédito tributário, na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria que inclusive foi objeto da Súmula n. 436, "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco", entendimento consolidado sob o regime dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C, do CPC/1973 (REsp 962.379/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 28.10.08)

Desta forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de proce-

dimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas prescrição do direito de a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal para cobrança do tributo.

O termo inicial para fluência do prazo prescricional para os tributos sujeitos a lançamento por homologação ou autolancamento, constituídos mediante declaração do contribuinte é a data da entrega da declaração.

Nesse sentido, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1315199/DF, cuja ementa transcrevo:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N.118/2005.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data vencimento da obrigação tributária, o que for posterior. Incidência da Súmula 436/STJ.

2. Hipótese que entre a data da constituição definitiva do crédito tributário (data da entrega da declaração) e a citação do devedor não decorreu mais de cinco anos. Prescrição não caracterizada.

3. Não cabe ao STJ, em recurso especial, análise de suposta violação do art. 146, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do STF. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1315199/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

Após a vigência da LC n. 118/2005 (em 09.06.2005), forçosa sua aplicação literal - a interrupção da prescrição se dará com o simples despacho citatório (na linha do precedente estabelecido pela E. 1ª. Seção do STJ, ao apreciar o REsp 999.901/RS - Rel.Min. Luiz Fux, DJe de 10.6.2009). No regime anterior à vigência da LC n. 118/2005, o despacho de citação do executado não interrompia a prescrição do crédito tributário, uma vez que somente a citação pessoal válida era capaz de produzir tal efeito. Com a alteração do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, pela LC n. 118/2005, o qual passou a considerar o despacho do juiz que ordena a citação como causa interruptiva da prescrição, somente deve ser aplicada nos casos em que esse despacho tenha ocorrido posteriormente à entrada em vigor da referida lei complementar, isto é, a 09.06.2005. Enfim: Para as causas cujo despacho ordena a citação seja anterior à entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005, aplica-se o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua antiga redação. Em tais casos, somente a citação válida teria o condão de interromper o prazo prescricional (RESP n. 999.901/RS, 1ª. Seção, representativo de controvérsia). O despacho que ordenar a citação terá o efeito interruptivo da prescrição e aplicação imediata nos processos em curso, desde que o aludido despacho tenha sido proferido após a entrada em vigor da LC n. 118, evitando-se retroatividade.

Além disso, no Recurso Especial 1.120.295/SP, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, decidiu a Primeira Seção do STJ que os efeitos da

interrupção da prescrição, seja pela citação válida, de acordo com a sistemática da redação original do art. 174, I, do CTN, seja pelo despacho que determina a citação, nos termos da redação introduzida ao aludido dispositivo pela LC nº 118/2005, devem retroagir à data da propositura da demanda, de acordo com o disposto no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil de 11/01/1973, com correspondente no artigo 240, § 1º, do NCPC: *"§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação"*.

*Com bases nessas premissas analisa-se a extinção de parte dos créditos em cobro pela via da DECADÊNCIA.*

No caso ora em análise a embargante foi autuada pela embargada para a cobrança de valores a título de IRPJ/CSLL, relativos ao ano-calendário de 2011, pelo fato de, na apuração do lucro real, ter feitos exclusões indevidas, que diziam respeito a (i) reversões de provisões indedutíveis e (ii) amortizações de ágio pela aquisição das empresas Nutrella Alimentos S.A. ("NUTRELLA") e Panifício Laura Ltda. ("LAURA").

*Tratam-se, ambas as espécies tributárias, o IRPJ e a CSLL, de tributos sujeitos a lançamento por homologação na forma do art. 150, do CTN.*

Tendo sido verificada diferença a menor entre as bases de cálculo declaradas pela embargante e as reputadas corretas pela Fiscalização, a embargante foi autuada, tendo sido realizado o lançamento suplementar de ofício, acompanhado de multa proporcional agravada.

*A autoridade fiscal, dentre outras infrações, procedeu à glosa de despesas de amortização de ágio por não terem sido apresentados informações e esclarecimentos relativos às amortizações de ágio decorrentes das aquisições das empresas NUTRELLA e LAURA no valor de R\$ 24.699.433,44 no ano de 2011.*

Aduz a embargante, contudo, que, no tocante a essa glosa, o respectivo crédito tributário teria sido fulminado pela *decadência*.

Diz que à luz do artigo 150, §4º, do CTN, *o início da contagem do prazo decadencial não deve ser o ano-calendário em que ocorreu a dedução da despesa de amortização de ágio, mas sim a data do evento capaz de promover alteração na situação patrimonial da embargante*, que, no caso em tela, corresponde às datas de 25/08/2008 e 01/12/2008, quando houve a formação do ativo diferido.

*Assim, no ano de 2016, já teria se exaurido o quinquênio decadencial em relação ao direito do Fisco de questionar a dedutibilidade das despesas com ágio, relativas a ativo diferido que se formou no ano de 2008.*

*Por sua vez, a embargada sustenta a inoccorrência de decadência, eis que a data da aquisição com ágio não influencia na contagem do prazo decadencial, que tem como marco inicial a data de ocorrência do fato gerador do imposto lançado ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

Desse modo, considerando-se os termos do art. 173, I, do CTN, o início do prazo para a Fazenda Pública constituir o débito mais antigo se deu em 01/01/2012 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado). Assim, com a notificação do lançamento em 01/12/2016 - momento

em resta constituído o crédito fiscal - não haveria que se falar no transcurso do prazo de cinco anos.

Examino.

*In casu, a repercussão tributária dos ativos adquiridos pela embargante com ágio em 2008 somente se deu em 2011, quando esta exerceu seu direito perante o Fisco, operacionalizando a dedução das despesas com sua amortização, do que foi resultado a obtenção de bases de cálculo menores de IRPJ e CSLL e, por conseguinte, o pagamento a menor de ambos os tributos.*

*Deduções autorizadas em lei são componentes da base de cálculo, que é o critério quantitativo do fato gerador.*

*Não há que se falar em inércia da Administração Tributária na constituição de crédito tributário antes de realizado o fato gerador do tributo.*

*Por isso, o prazo decadencial para o lançamento suplementar de ofício decorrente de glosa de amortização de ágio há de ser contado da data em que se dá a amortização e não da data em que o ágio é formado.*

Vale dizer, o entendimento ora esposado já foi objeto de Súmula Vinculante aprovada pelo CARF em 2018:

Súmula CARF nº 116

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2018

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Assim como se encontra em diversos de seus julgados recentes:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

*DECADÊNCIA DA PRETENSÃO FISCAL PARA DESCONSIDERAR A CONSTITUIÇÃO DO ÁGIO. INOCORRÊNCIA. O prazo decadencial relativo à glosa de despesas de amortização de ágio iniciase com a dedução de tais despesas pelo contribuinte, sendo irrelevante para seu cômputo o momento em que ocorreram as operações societárias que originaram o ágio.*

**NULIDADE. IRREGULARIDADE NA CAPITULAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA OU AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.** Rejeita-se as alegações de nulidade relativas à irregularidade na capitulação legal, quando se constata que a autoridade fiscal descreveu os fatos apurados de forma que a empresa e todos os intervenientes no processo puderam ter nítida compreensão das infrações autuadas. Inexistência de prejuízo à defesa ou ao exercício do contraditório. **AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.** Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA.** Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e efeito que os vincula. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e a prejudicial de decadência, e, no mérito, por maioria

de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto condutor, vencidos os Conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias, que votaram por dar provimento ao Recurso. O Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca votou pelas conclusões da relatora quanto à preliminar de nulidade por "Descumprimento do Princípio da Legalidade. Ato Jurídico Perfeito". O Conselheiro Marcelo Cuba Netto votou pelas conclusões da relatora quanto à prejudicial de decadência. Este julgamento seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, sendo-lhes aplicado o decidido no Acórdão nº 1302-005.725, de 14 de setembro de 2021, prolatado no julgamento do processo 11080.729498/2016-35, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado. (Proc. 11065.725343/2011-11, Ac. 1302-005.726, Rec. Voluntário, CARF, 1ª S, 3ª C, 2ª TO, 14/09/2021)

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Data do fato gerador: 31/12/2012, 31/12/2013, 31/12/2014, 31/12/2015

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - DECADÊNCIA**

O prazo decadencial para o lançamento decorrente de glosa de amortização de ágio é contado da data em que se dá a amortização e não da data em que o ágio é formado.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO - EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA - TERRENOS, MARCAS E OUTROS INTANGÍVEIS**

A previsão contida no art. 386, III, do RIR/199, de amortização de ágio decorrente de investimento em sociedade coligada ou controlada avaliada pelo valor de patrimônio líquido que, posteriormente, foi absorvido em virtude de incorporação, somente é aplicável quando o fundamento econômico do ágio for a expectativa de rentabilidade futura do investimento. O ágio derivado de marcas e outros intangíveis não pode ser amortizado na apuração do IRPJ. Tampouco é cabível a amortização fiscal do ágio pago em razão do valor de mercado de terrenos superior ao valor contável, sendo descabido, nesta hipótese, inclusive a depreciação. A demonstração de que o fundamento econômico é diverso, afasta, por consequência, o tratamento tributário aplicável ao ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO - ARTIFICIALIDADE - SIMULAÇÃO**

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, cisão ou fusão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, pode amortizar, na apuração do lucro real, o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura, à razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Essa regra aplica-se também quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária, conforme o art. 8º da Lei nº 9.532/1997. Não se admite, porém, a amortização de ágio gerado quando comprovado que foi fruto de operações artificialmente engendradas, mediante prática de simulação, valendo-se de empresa veículo inexistente de fato.

**MULTA QUALIFICADA - ESTIMATIVAS MENSAIS - FALTA DE RECOLHIMENTO - MULTA ISOLADA - CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO - CABIMENTO - JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO**

Correta é a aplicação de multa qualificada (150%), quando for constatada a prática de operações artificialmente engendradas, simuladas, envolvendo reorganização societária sem propósito negocial, a fim de possibilitar a amortização fiscal do ágio, pois esse conjunto de fatos demonstra o dolo do contribuinte. Igualmente, aplica-se a multa qualificada quando o contribuinte, intencionalmente, atribui



ao ágio pago fundamento econômico diverso daquele efetivamente verificado. É cabível a aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas mensais do IRPJ, em concomitância com a aplicação da multa de ofício pela falta de pagamento/declaração das diferenças do imposto apuradas em procedimento fiscal, em razão de expressa disposição legal e em face das incidências ocorrerem em situações fáticas distintas. Cabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício lançada.

#### AUTO REFLEXO

Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca da impugnação a este, exceto para as alegações específicas no tocante ao auto reflexo.

#### DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - DEDUTIBILIDADE

Também para a CSLL, a dedutibilidade de despesas deve observar os requisitos da necessidade, da usualidade e da normalidade, razão pela qual, ausentes os requisitos de dedutibilidade da amortização do ágio para o IRPJ, também é indedutível a amortização para a CSLL. Constatando-se a prática de operação simulada a fim de tornar dedutível ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura, cabível é a glosa da despesa indevidamente deduzida na apuração da CSLL.

(Proc. 16561.720082/2017-43. Ac. 1201-003.201. Rec. Voluntário, CARF, j. 16/10/2019)

#### NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

Ano-calendário: 2011

#### DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TERMO INICIAL.

*É legítima a análise de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela decadência. Contudo, a contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve ter início quando verificada sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. Aplicável o teor da Súmula CARF nº 116.*

#### IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ.

Ano-calendário: 2011

#### ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.

Se os atos de reorganização societária registrados pela recorrente, ainda que formalmente regulares, não configuram uma efetiva aquisição de participação societária mas mera permuta de ativos dentro do grupo de empresas sob controle comum, correta a glosa dos valores amortizados como ágio.

#### ÁGIO INTERNO. GLOSA. TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL NA MESMA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA.

Se foram exigidos tributos sobre ganho de capital relativamente a ágio gerado internamente no grupo econômico, cabe deduzir do montante autuado a título de ágio não dedutível, o valor que foi tributado como ganho de capital, na mesma operação.

#### APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA.

A autoridade fiscal não logrou êxito em comprovar que a contribuinte teria praticado quaisquer das condutas dolosas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Nos termos da Súmula CARF nº 14, o simples fato da existência de omissão de receitas não autoriza a aplicação de multa qualificada prevista no artigo 44, §1º da Lei nº 9.430/96.



### TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL

Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o lucro líquido as conclusões relativas ao IRPJ.

ÁGIO. ADIÇÃO DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CSLL. PREVISÃO NORMATIVA.

A adição à base de cálculo da CSLL de despesas com amortização de ágio possui amparo legal e corrobora a tese de convergência entre as bases do IRPJ e da referida contribuição, que compartilham a mesma sistemática de apuração. (Proc. 16561.720124/2016-65, Ac. 1201002.479, Rec. Voluntário, CARF, 1ª S, 2ª C, 1ª TO, j. 19/09/2018)

Embora formados em instância independente, referidos precedentes merecem citação pela boa técnica jurídica aplicada.

Quanto à incidência dos arts. 150, §4º ou 173, I, do CTN, para fins de contagem da decadência, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o C. STJ firmou jurisprudência no sentido de que, declarado o tributo, porém efetuado pagamento a menor, o prazo decadencial para a realização do lançamento suplementar de ofício rege-se, *não pela regra do art. 173, I, do CTN (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado), mas sim pela do art. 150, §4º, do CTN*, tendo início na data da ocorrência do fato gerador, salvo a hipótese de dolo fraude ou simulação.

*Não há dúvida de que a indevida dedução de despesas da base de cálculo de IRPJ e CSLL enquadra-se como situação de tributo declarado e pago a menor.*

Confira-se, nesse sentido o seguinte excerto extraído da jurisprudência do C. STJ:

“Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despicando se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo. A dedução aqui considerada (crédito indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN” (STJ, AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 07/11/2011). Em idêntico sentido: STJ, AgInt no REsp 1.774.844/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/09/2019; AgInt no AREsp 794.369/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/05/2019; AgInt no AREsp 1.425.553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/05/2019; AgInt no REsp 1.842.061/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/12/2019.

Por outro lado, não há, nos autos, qualquer imputação de prática, pela embargante, de ato doloso, fraudulento ou simulado, que poderia afastar a regra de decadência do art. 150, §4º, do CTN.

Tendo isso em mente, tem-se que:

- O fato gerador mais antigo ocorreu em 31/12/2011, de modo que, na forma do art. 150, §4º, do CTN, o prazo decadencial se encerraria em 31/12/2016;
- A embargante foi cientificada do lançamento em 01/12/2016 (AR de fls. 2964 a 2965 do PA), momento em que restou constituído o crédito fiscal.

*Pelo exposto, tem-se que o crédito tributário foi constituído dentro do quinquênio extintivo, sendo indevido falar em decadência.*

#### **GLOSA DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO**

Como relatei, a embargante insiste ter sido indevida a *glosa das despesas com amortização de ágio derivado da aquisição das empresas LAURA e NUTRELLA*, de que resultou a sua autuação com o lançamento suplementar de ofício de créditos de IRPJ e CSLL e aplicação de multa proporcional agravada. Enquanto a embargada reitera a sua legitimidade

*O registro do ágio foi justificado economicamente com base na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido*

Da conclusão da Auditoria realizada pelo Fisco quanto ao período de janeiro a dezembro de 2011, tem-se que na apuração do Lucro Real, o contribuinte excluiu indevidamente R\$ 91.828.744,23, tendo sido glosadas as amortizações de ágio de NUTRELLA e LAURA no valor de R\$ 24.699.433,44 por não terem sido apresentados informações e esclarecimentos a seu respeito.

Para auxiliar a resolução da questão, foi determinada a produção de prova pericial.

A prova foi pedida pela embargante com o fim de demonstrar no tocante à *glosa da amortização das despesas com ágio*, que as operações comerciais e societárias ocorreram (todas com propósito econômico), tendo sido cumpridos todos os requisitos previstos na legislação federal tributária vigente à época, de modo que legitimadas as amortizações realizadas.

*Examino.*

Recordo aqui, para facilitar a compreensão da lide, as teses apresentadas por ambas as partes, no que se refere à glosa da amortização das despesas de ágio.

A embargante defende que:

· Todos os atos envolvidos na operação de *aquisição da LAURA e NUTRELLA* pela embargante estão devidamente evidenciados e comprovados, não sendo legítima qualquer alegação que pretenda colocar em dúvida os seus efeitos fiscais e contábeis. *O ágio foi gerado em operação legítima de compra e venda realizada pela embargante, a qual está respaldada nos documentos juntados aos presentes autos;*

· O Auto de Infração ora combatido não questiona a legitimidade do ágio ou das operações comerciais e societárias que nele resultaram e muito menos eventual ausência de substância econômica nas operações realizadas. O lançamento foi perpetrado em razão da suposta ausência de esclarecimentos acerca dos fatos que ensejaram as despesas de amortização do ágio. Portanto, o que se está discutindo é tão somente a demonstração dos fatos que geraram os ágios em questão;

- No curso do processo Administrativo a embargada emitiu Termo de Constatação Fiscal (fls. 14225/14236) no qual confirmou que as operações citadas ocorreram na forma prevista nos contratos, assim como confirmou o efetivo pagamento dos preços estabelecidos;

- O Fisco afirma que os laudos de avaliação econômico-financeira das empresas adquiridas teriam sido elaborados em data posterior à aquisição/incorporação, o que inviabilizaria a utilização destes documentos para fundamentar os ágios pagos. *Todavia, a legislação vigente à época da formação do ativo diferido não exigia qualquer forma ou metodologia de cálculo específica como fundamentação do ágio que fosse pago.* Na verdade, à luz do artigo 385, §3º, do RIR, a empresa deveria apenas manter demonstração que comprovasse o registro do ágio justificado economicamente com base na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. A exigência acerca da elaboração de laudo veio apenas com a edição da Lei Federal nº 12.973/2014, i. e., seis anos após a realização das operações comerciais e societárias ora tratadas, e que passou a impor requisitos à forma de apresentação da demonstração a que se refere o artigo 385, § 3º, do RIR/99, mediante a alteração que promoveu na redação dada ao artigo 20, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Antes da vigência da Lei Federal nº 12.973/53. 2014, não havia qualquer requisito exigido relativamente ao demonstrativo que viesse a fundamentar o ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura;

- A Fiscalização alegou que os laudos apresentados não se prestam a qualificar o valor do ágio fundamentado no valor de rentabilidade futura das empresas adquiridas, pois não teriam feito uma avaliação do valor de mercado dos ativos e passivos adquiridos. Foi afirmado, ainda, que a expectativa de rentabilidade futura é valor residual a ser apurado depois de valorar a mercado os ativos e passivos identificáveis, o que, segundo o Auditor-Fiscal, não teria sido feito nos laudos de avaliação econômico-financeira apresentados. *Sucedendo que a legislação vigente à época dos fatos também não indicava, no que se refere à alocação do ágio, qualquer ordem ou necessidade de alocação mínima para um ou outro fundamento econômico (valor de mercado de bens do ativo ou valor de rentabilidade futura).*

*Somente com a edição da Lei Federal nº 12.973/2014, foi estabelecida uma nova forma de alocação, determinando que o ágio pago na aquisição de participações societárias fosse segregado em: (i) patrimônio líquido da participação adquirida; (ii) mais ou menos valia dos ativos da adquirida, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o patrimônio líquido; e (iii) ágio por rentabilidade futura, que corresponde ao valor residual do custo de aquisição do investimento.*

*Contudo, não há como admitir a aplicação das regras instituídas pela Lei Federal nº 12.973/2014 aos fatos objeto do presente processo, os quais estão apenas sujeitos à aplicação das disposições originais do Decreto-lei nº 1.598/1977 e da Lei Federal nº 9.532/1997 (sem as alterações promovidas pela Lei Federal nº 12.973/2014). Tais regras não estabeleciam qualquer tipo de alocação obrigatória do ágio ou impunham a observância de formalidades em relação aos laudos de avaliação. A Lei Federal nº 12.973/2014 é expressa ao dizer que os requisitos por ela estabelecidos com relação aos laudos de avaliação não são aplicáveis às participações societárias adquiridas até 31/12/2013 ou até 31/12/2014, dependendo da opção da empresa pela (não) aplicação imediata dos efeitos daquela norma;*

· *O Fisco não poderia ter rejeitado os laudos de avaliação e documentos apresentados com base em alegações genéricas, sem contrastá-los com prova de igual ou superior nível de profundidade;*

· *No referido Termo de Constatação Fiscal, o Fisco também argumenta que os ágios, reconhecidos pela embargante, não teriam sido contabilizados de acordo com a legislação, uma vez que foram efetuadas exclusões diretamente no seu LALUR. Todavia a legislação vigente à época não trazia qualquer impeditivo de exclusão das amortizações diretamente no LALUR. Outrossim, ao reconhecer que (1) as operações de fato ocorreram na forma dos contratos de compra e venda e que (2) houve a comprovação dos pagamentos efetuados pela embargante, o Auditor Fiscal atestou o cumprimento dos requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.532/1995 para a amortização fiscal dos ágios, de sorte que não cabe inventar novas justificativas com o simples intuito de impedir que a embargante exerça o seu direito;*

Enquanto que a embargada, opondo-se integralmente ao pleito da embargante, sustenta que:

· *Não houve comprovação do ágio declarado. Para o reconhecimento da dedutibilidade de ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, e 385 e 386 do RIR/99, o laudo do seu fundamento econômico deve ser elaborado antes do efetivo pagamento da "mais valia" a que se refere. No caso concreto, a embargante não logrou trazer documentos comprobatórios da operação de ágio, tendo em vista que os laudos apresentados datados de 01/12/2008 foram posteriores à aquisição das empresas "Laura" e "Nutrella", motivo pelo qual a extemporaneidade impede sua utilização como fundamento do ágio. Ao contrário do que alega o embargante, no sentido de que não haveria previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos, o §3º do art. 385 do RIR/99 exige que a perspectiva de rentabilidade futura seja lastreada em demonstração contábil, devidamente arquivada e escriturada, sob a forma de laudo ou outra qualquer;*

· *Em relação à alocação do ágio, não merece acolhida a alegação da embargante que o art. 20 § 2º não indicaria qualquer ordem ou necessidade de alocação mínima para um outro fundamento (valor de mercado de bens do ativo ou rentabilidade futura). A formação do ágio não ocorre de forma aleatória, mediante simples opções de enquadramento, tendo cada uma das hipóteses do art. 385, §2º, do RIR/99 um tratamento tributário diferenciado previsto no art. 386 do RIR/1999. Além disso, restou consignado no AI que a fundamentação econômica baseada exclusivamente na rentabilidade futura foi inadequada.*

· *Outrossim, os laudos apresentados foram considerados imprestáveis, pois tratavam apenas da rentabilidade futura, sem qualquer referência ao valor de marcas e de outros intangíveis e bens do ativo. Dessarte, não comprovou a embargante que o ágio existiu e nem que o fundamento econômico atribuído corresponde à realidade;*

· *Os laudos apresentados adotaram o método do fluxo de caixa descontado para calcular o valor das empresas adquiridas como um todo. Nada há de ilegal nisso se ele for tomado apenas como um subsídio para as partes fixarem o preço do negócio. Para fins tributários, porém, especificamente no tocante à fundamen-*

tação econômica dos ágios com base nas hipóteses previstas no art. 385, § 2º, do RIR/1999, os laudos são imprestáveis, já que a partir deles não é possível determinar nos negócios realizados os montantes dos ágios que devem ser imputados a cada uma das hipóteses. Por outro lado, resta evidente, pela análise dos documentos de fls. 3123 a 3152, em especial às fls. 3129, e de fls. 3196 a 3213, em especial às fls. 3204, que há uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE PANIFÍCIO LAURA LTDA, assim como uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE NUTRELLA ALIMENTOS S.A, comprovando que marcas e outros ativos intangíveis da investida eram, ao menos, uma parte do fundamento econômico do ágio pago pela investidora, assim como haviam ativos que deveriam ter sido avaliados a valor de mercado, para se aferir o devido tratamento a cada uma das hipóteses legais. Por tais razões, correto o procedimento adotado pela autoridade autuante, impedindo que os fatos efetivamente ocorridos tenham um tratamento tributário diverso do previsto na norma tributária então vigente

*Por sua vez, o laudo pericial esclareceu o seguinte:*

(I) Efetuado o exame preliminar dos elementos contábeis e jurídicos trazidos aos autos e cotejando os documentos do Processo Administrativo e das Decisões do DR/POR, no que toca à *legitimidade da glosa das despesas com amortização de ágio*, *"concluiu da mesma forma e nos mesmos termos da TESE DA EMBARGADA"*. Assim como, na resposta aos quesitos das partes, adotou integralmente o conteúdo da TESE DA EMBARGADA (ID 43082766 – Pág.8);

(II) Respondendo ao Quesito A da embargada:

"A) Foi demonstrado documentalmente nos autos do Processo Administrativo o fundamento econômico do ágio até o momento da aquisição societária?"

O perito respondeu:

"Não, não foi demonstrado documentalmente nos autos do Processo Administrativo o fundamento econômico do ágio até o momento da aquisição societária". (ID 43082766 – Pág. 9)

Ainda conforme o perito,

"Os laudos apresentados às fls. 3586 a 3621 e 3635 a 3673 são datados de 01/12/2008, portanto posteriores à aquisição das empresas "Laura" e "Nutrella". Inclusive a Laura já havia sido incorporada em 28/08/2008 e a Nutrella estava sendo incorporada na mesma data, em 01/12/2008." (ID 43082766 – Pag. 9)

Ou seja, o trabalho pericial revelou que o fundamento econômico do ágio declarado pela embargante não foi determinado nem antes e nem no momento da aquisição de LAURA e NUTRELLA.

Lembro aqui que o registro do ágio declarado pela embargante foi justificado economicamente com base na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido



O art. 385, §2º e 3º do RIR/99 enumera três formas de enquadramento do ágio pago, atribuindo um tratamento tributário diferenciado a cada uma delas:

“Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20): § 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).”

Tendo o legislador atrelado tratamento tributário distinto a cada fundamento econômico, é certo que, ao contrário do que defende a embargante, ao contribuinte não é dado escolher livremente o regime pretendido. Não foi, portanto, somente com a edição da Lei n.º 12.973/14 que se passou a exigir formalidades específicas para a justificação de cada modalidade de fundamento econômico ágio.

Quanto ao lançamento contábil de ágio que tenha por fundamento econômico rentabilidade futura dita o art. 385, §3º, do RIR, que *“deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”*.

Assim, a norma exige que a perspectiva de rentabilidade futura seja lastreada em “demonstração”, que há de ser devidamente arquivada e escriturada. O que contraria a tese da embargante de que a exigência de justificação do ágio baseado em perspectiva de rentabilidade futura somente tenha advindo com a entrada em vigor da Lei n.º 12.973/14, que passou a exigir a elaboração de laudo para tal fim.

É dizer, antes da Lei n.º 12.973/14, a exigência já existia, devendo o fundamento econômico estar embasado em laudo ou em documentação similar anteriores ou contemporâneos à aquisição do ativo.

Como bem menciona o laudo pericial (ID 43082766 – Pág. 11), a necessidade de anterioridade ou contemporaneidade da determinação do fundamento econômico é evidente, eis que, em se tratando de base para a tomada de decisão sobre a aquisição societária, a prova da rentabilidade futura – razão do pagamento do ágio – somente pode se basear em documentos, no mínimo, contemporâneos aos fatos.

Carece mesmo de lógica imaginar que o fundamento para o pagamento de ágio somente seja descoberto *a posteriori*. De modo contrário, não poderia servir de razão determinante para a valoração da compra.

Como dito, todavia, os laudos apresentados pela embargante como justificantes do fundamento econômico das aquisições são posteriores às aquisições de LAURA e NUTRELLA( ID 43082766 – Pag. 9).

Em suma, a tempestividade do demonstrativo de justificação econômica do ágio pago por rentabilidade futura não foi atendida, de modo que a embargante



não poderia fazer jus ao benefício fiscal pretendido, por desatendimento da legislação de regência.

Outrossim, esclareceu o experto, que, tal como decido pela Autoridade Fiscal, os laudos apresentados pela embargante para a justificação da rentabilidade futura, além de extemporâneos, não serviriam a este fim. Assim afirmou, ainda em resposta ao Quesito "A" da embargada:

"O fato de o art. 385, § 3º, do RIR/1999 exigir que o lançamento contábil do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura seja baseado "em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração" não significa que conteúdo dessa demonstração não possa ser questionado pela autoridade autuante. Se o legislador exige a manutenção do demonstrativo, sob a forma de laudo ou sob outra forma qualquer, deve esse demonstrativo guardar coerência com o lançamento contábil efetuado e revelar o fato contábil efetivamente ocorrido. Se o ágio pago tinha, no mundo fenomênico, evidente fundamentação econômica em intangíveis ou em bens do ativo, não pode o contribuinte, ao contabilizá-lo, indicar que seu fundamento foi a expectativa de rentabilidade futura e apresentar demonstrativo que careça de substância e de coerência com os fatos efetivamente ocorridos.

Na verdade, os laudos apresentados adotaram o método do fluxo de caixa descontado para calcular o valor das empresas adquiridas como um todo. Nada há de ilegal nisso se ele for tomado apenas como um subsídio para as partes fixarem o preço do negócio.

Para fins tributários, porém, especificamente no tocante à fundamentação econômica dos ágios com base nas hipóteses previstas no art. 385, § 2º, do RIR/1999, os laudos são imprestáveis, já que a partir deles não é possível determinar nos negócios realizados os montantes dos ágios que devem ser imputados a cada uma das hipóteses. Por outro lado, resta evidente, pela análise dos documentos de fls. 3123 a 3152, em especial às fls. 3129, e de fls. 3196 a 3213, em especial às fls. 3204, que há uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE PANIFÍCIO LAURA LTDA, assim como uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE NUTRELLA ALIMENTOS S.A., comprovando que marcas e outros ativos intangíveis da investida eram, ao menos, uma parte do fundamento econômico do ágio pago pela investidora, assim como havia ativos que deveriam ter sido avaliados a valor de mercado, para se aferir o devido tratamento a cada uma das hipóteses legais.

Por tais razões, correto o procedimento adotado pela autoridade autuante, impedindo que os fatos efetivamente ocorridos tenham um tratamento tributário diverso do previsto na norma tributária então vigente."

Com efeito, a documentação mencionada pelo art. 385, §3º, RIR/99, a ser arquivada pelo contribuinte, há de ser congruente com o fundamento econômico declarado para o ágio, qual seja, rentabilidade futura.

Assim, se o ágio for, na verdade, fundamentado no valor do "fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas", não poderia ter sido declarado como seu fundamento o "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros".

Os laudos apresentados pela embargante adotaram o método de fluxo de caixa descontado (valuation) para calcular o valor total das empresas adquiri-

dos, porém não servem à alocação clara do ágio nas hipóteses do art. 385, §2º, RIR/99, eis que, ao mencionar bens móveis e imóveis, marcas e patentes de ambas as marcas, há comprovação de que o fundamento econômico do ágio, a rigor, se aproximava da hipótese prevista no art. 385, §2º, II, do RIR/99 (“fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”) e não da perspectiva de rentabilidade futura (art. 385, §2º, III). Outrossim, havia ativos que deveriam ter sido avaliados a valor de mercado, hipótese do art. 383, §2º, I, RIR/99 (“valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade”)

Assim, pelo que foi apresentado pela embargante, não seria possível determinar, nos negócios realizados, os montantes dos ágios imputáveis a cada uma das hipóteses previstas no art. 385, §2º, RIR/99, de modo que não poderiam ter sido imputados, como pretendia à embargante, exclusivamente no fundamento econômico de perspectiva de rentabilidade futura.

Pelo que, também acertada a decisão da Autoridade Fiscal no trecho em que assim afirma: “(...) não há como auferir [sic] do valor pago a maior, quanto foi pago em função do ágio decorrente dos ativos menos os passivos a valor de mercado, e quanto foi em função da expectativa de resultados futuros”.

(III) Respondendo ao Quesito B da embargada:

“B) Foram apresentados documentos nos autos do Processo Administrativo que de fato tenham servido como base para a tomada de decisão de adquirir a participação societária?”

O perito respondeu:

“Não, não foram apresentados documentos nos autos do Processo Administrativo que de fato tenham servido como base para a tomada de decisão de adquirir a participação societária” (ID 43082766 – Pág. 12)

Aqui segue-se o que foi dito acima, acerca, tanto da extemporaneidade da documentação apresentada pela embargante como justificativa para o ágio declarado como fundado em perspectiva de rentabilidade futura, quanto de sua insuficiência para a conclusão acerca da alocação do ágio em cada categorias do art. 385, §2º, RIR/99, em especial na declarada.

(IV) Respondendo ao Quesito C da embargada:

“C) Foram *todos* os ativos e passivos das empresas avaliados a *valor de mercado*?”

O perito respondeu:

“Não, não foram todos os ativos e passivos das empresas *avaliados a valor de mercado*” (ID 43082766 – Pág. 12)

Quanto a esse ponto, deve-se acompanhar o que foi dito anteriormente, na resposta ao Quesito A da embargada, valendo reproduzir os seguintes trechos do

laudo pericial, que bem posicionam a questão acerca da insuficiência da documentação apresentada pela embargante com o fim de justificar o ágio em perspectiva de rentabilidade futura:

“A elaboração de laudo sem qualquer referência ao valor de marcas, de outros intangíveis e dos bens do ativo, apenas tratando da expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas em sua integralidade, não pode servir de pretexto para ocultar o valor dos intangíveis e dos bens do ativo.” (ID 43082766 – Pág. 16)

“Por outro lado, resta evidente, pela análise dos documentos de fls. 3123 a 3152, em especial às fls. 3129, e de fls. 3196 a 3213, em especial às fls. 3204, que há uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE PANIFÍCIO LAURA LTDA, assim como uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE NUTRELLA ALIMENTOS S.A., comprovando que marcas e outros ativos intangíveis da investida eram, ao menos, uma parte do fundamento econômico do ágio pago pela investidora, assim como havia ativos que deveriam ter sido avaliados a valor de mercado, para se aferir o devido tratamento a cada uma das hipóteses legais.” (ID 43082766 – Pág. 17).

(V) Respondendo ao Quesito D da embargada:

“D) Foi apresentada pelo contribuinte nos autos do Processo Administrativo toda a documentação solicitada pela RFB? Em especial, foi apresentada documentação integral referente aos pagamentos realizados ao BNDESPAR (acordo de acionistas, atas de Assembleia onde constasse a participação societária do BNDESPAR)?

O perito respondeu:

“Não, não foi apresentada pelo contribuinte nos autos do Processo Administrativo toda a documentação solicitada pela RFB e/ou a documentação integral referente aos pagamentos realizados ao BNDESPAR (acordo de acionistas, atas de Assembleia onde constasse a participação societária do BNDESPAR).” (ID 43082766 – Pág. 23)

O que demonstra o acerto da conclusão da Autoridade Fiscal quanto a mais esse ponto.

(VI) Por fim, respondendo ao Quesito E da embargada, ainda no que se refere à amortização do ágio:

“E) Foram os documentos apresentados pelo contribuinte nos autos do Processo Administrativo suficientes para comprovar o cumprimento dos requisitos legais necessários à dedutibilidade da amortização do ágio?”

O perito respondeu:

“Não, os documentos apresentados pelo contribuinte nos autos do Processo Administrativo, não foram suficientes para comprovar o cumprimento dos requisitos legais necessários à dedutibilidade da amortização do ágio.” (ID 43082766 – Pág. 12)

Aqui, mais uma vez, reitera-se o dito acima, acerca, tanto da extemporaneidade da documentação apresentada pela embargante como justificativa para o ágio declarado como fundado em perspectiva de rentabilidade futura; quanto de sua insuficiência para a conclusão acerca da alocação do ágio em cada uma das categorias do art. 385, §2º, RIR/99, em especial na declarada.

(VII) Agora respondendo aos Quesito 8 a 14 da embargante no que se refere à amortização do ágio:

“Quesito 8

Queira o Sr. Perito descrever como calcular um ágio por rentabilidade futura, antes da Lei Federal 12.973/2014”

Quesito 9

Queira Sr Perito identificar e demonstrar os efetivos pagamentos efetuados aos antigos sócios da Panifico Laura Ltda e Nutrella Alimentos SA

Quesito 10

Referente ao quesito anterior, podemos concluir que todos os pagamentos foram feitos aos antigos sócios? Qual o total pago pelas compras da Panifico Laura Ltda. e Nutrella Alimentos S.A. respectivamente?

Quesito 11

Queira o Sr. Perito identificar o patrimônio Líquido das empresas à época das aquisições:

Quesito 12

Queira o Sr. Perito informar o valor da constituição do ágio, conforme fls. 14.067 do processo administrativo (pág. 291 do documento de ID 19262216)

Quesito 13

Queira o Sr. Perito demonstrar as amortizações do ágio feitas no LALUR, conforme a Lei 9.532/97 - Art. 7º.

Quesito 14

O Sr. Perito, poderia informar (i) o valor do ágio; (ii) suas amortizações nas compras das empresas Laura e Nutrella; e (iii) informar se as movimentações no LALUR foram feitas de acordo com a legislação da época”.

O perito respondeu reiterando a resposta dada anteriormente aos quesitos da embargada, no sentido do acolhimento integral de suas teses, sempre em desfavor das teses da embargante, considerando correto o procedimento adotado pela autuação, que impediu que os fatos efetivamente ocorridos tivessem um tratamento tributário diverso do previsto nas normas tributárias então vigentes (ID 43082766 – Pág. 55-72).

A embargada manifestou-se sobre o laudo pericial a ID 46252127 concordando integralmente com o seu conteúdo.

A embargante manifestou-se sobre a perícia a ID 44463683, apresentando parecer elaborado por seu assistente técnico.

Pediu também esclarecimentos sobre a perícia a ID 4446161, questionando o fato de, nas conclusões do laudo, o perito ter ignorado os documentos contábeis/fiscais da empresa, o parecer de seu assistente técnico especializado e, ainda, a auditoria realizada por empresa independente de renome mundial (DELOITTE TOUCHE TOHMATSU).

O perito prestou esclarecimentos a ID 52930721 reiterando suas conclusões. Segue transcrito o trecho mais relevante de sua manifestação no que se refere à glosa da amortização com despesas de ágio:

“(2) como a auditoria fiscal, o laudo judicial, o parecer elaborado pelo assistente técnico especializado e o relatório da auditoria são pautados nos registros contábeis da empresa, deixou-se de considerar o teor do relatório de autoria e do parecer do assistente técnico, em cada um dos quesitos, tendo em vista que:

(3.1) o “relatório de auditoria” fornecido pela Embargante, no formado em que se apresenta, é imprestável para viabilizar a análise necessária, se quer apresenta os elementos fundamentais da NPA 01. (O relatório de auditoria tem por elementos básicos: (a) Parágrafo referente à identificação das demonstrações contábeis e à definição das responsabilidades da administração e dos auditores, (b) Parágrafo referente à extensão dos trabalhos, a fim de apurar se o objeto da perícia fora abarcado ao escopo e, por quais meios contábeis fundamentados e (c) Parágrafo referente à opinião sobre as demonstrações contábeis, de modo completo sem recortes. Estes elementos da norma e tantos outros, não foram elucidados por meio dos “recortes” fornecidos. Importante também ressaltar a ausência da integra das notas explicativas. Frisa-se também que parte do relatório ofertado expressa a ausência de análises e conciliações relacionadas à provisão constituída para riscos trabalhistas, fiscais e cíveis.;

(3.2) em síntese, “(...) O Laudo Judicial esclarece que: (1) efetuando o exame preliminar nos elementos contábeis e jurídicos trazidos aos autos e cotejando os documentos do Processo Administrativo e das Decisões do DR/RPO, em face do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ, com base no: Ágio; Fundamento Econômico; Demonstrativo; Enquadramento nas Hipóteses Legais; Exclusão do Lucro Real; Reversão de Provisões Indedutíveis, concluiu da mesma forma e nos mesmos termos da TESE DA EMBARGADA; (2) adotou integralmente o seu conteúdo, nas respostas aos esclarecimentos solicitados pelas partes;” (...) O fundamento econômico do ágio há de ser determinado antes, ou, no máximo, até o momento da aquisição. A prova de que foi a rentabilidade futura a razão do pagamento do ágio há de ser feita com documentos contemporâneos aos fatos, pois a “demonstração” se faz com os documentos que de fato serviram de base para a tomada da decisão de adquirir a participação societária. (...) Portanto, a tempestividade do demonstrativo que justificaria economicamente o ágio pago não foi atendida, descumprindo-se um dos requisitos legais exigidos, para o aproveitamento fiscal de tal despesa. (...) Por outro lado, resta evidente, pela análise dos documentos de fls. 3123 a 3152, em especial às fls. 3129, e de fls. 3196 a 3213, em especial às fls. 3204, que há uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE PANIFÍCIO LAURA LTDA, assim como uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE NUTRELLA ALIMENTOS S.A., comprovando que marcas e outros ativos intangíveis da investida eram, ao menos, uma parte do fundamento econômico do ágio pago pela investidora, assim como havia ativos que deveriam ter sido avaliados a valor de mercado, para se aferir o devido tratamento a cada uma das hipóteses legais. Por tais razões, correto o procedimento adotado pela autoridade autuante, impedindo que os fatos efetivamente ocorridos tenham um tratamento tributário diverso do previsto na norma tributária então vigente. (...) 4.3 Ressalte-se ainda que não foi apresentada a valoração dos ativos e passivos das empresas a valor de mercado para obtenção do valor do ágio a valor de mercado (instrução CVM 247/96). Dessa forma não há como auferir do valor pago a maior, quanto foi pago em função do

ágio decorrente dos ativos menos os passivos a valor de mercado, e quanto foi em função da expectativa de resultados futuros. 4.4 Dessa forma entendemos não ser cabível a amortização de ágio referente a essas aquisições, ainda porque as amortizações não foram contabilizadas, conforme previsto no artigo 7º da Lei nº 9.532 de 1997, artigo 10 da Lei nº 9.718/98 e artigo 20 do Decreto - Lei 1.598/1977, mas sim excluídas no LALUR (vide resposta do contribuinte em dada em 16/03/2018), e ainda que as operações de aquisição/incorporação ocorreram em 2007/2008 (anteriormente ao CPC 15 - Combinação de negócios, ao ICPC 09, e a Deliberação CVM nº 618, de 22 de dezembro de 2009). De acordo com o Documento 6 (impugnação apresentada pelo contribuinte à fls. 2970/3377), ela deixa, já desde 2008, de realizar contabilmente a amortização do ágio, para realizar o teste de impairment para verificar a capacidade de recuperação dos investimentos nas empresas. (...) Considerando o ônus da prova já abordado quanto às exclusões relacionadas a amortização do ágio, a escrituração somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados, se eles forem comprovados por documentos hábeis e idôneos, não bastando a mera comparação entre livros de registro.”, Enquadramento nas Hipóteses Legais; Exclusão do Lucro Real; Reversão de Provisões Indedutíveis, concluiu da mesma forma e nos mesmos termos da TESE DA EMBARGADA; (2) adotou integralmente o seu conteúdo, nas respostas aos esclarecimentos solicitados pelas partes;” (...) O fundamento econômico do ágio há de ser determinado antes, ou, no máximo, até o momento da aquisição. A prova de que foi a rentabilidade futura a razão do pagamento do ágio há de ser feita com documentos contemporâneos aos fatos, pois a “demonstração” se faz com os documentos que de fato serviram de base para a tomada da decisão de adquirir a participação societária. (...) Portanto, a tempestividade do demonstrativo que justificaria economicamente o ágio pago não foi atendida, descumprindo-se um dos requisitos legais exigidos, para o aproveitamento fiscal de tal despesa. (...) Por outro lado, resta evidente, pela análise dos documentos de fls. 3123 a 3152, em especial às fls. 3129, e de fls. 3196 a 3213, em especial às fls. 3204, que há uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE PANIFÍCIO LAURA LTDA, assim como uma LISTA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, MARCAS E PATENTES DE NUTRELLA ALIMENTOS S.A., comprovando que marcas e outros ativos intangíveis da investida eram, ao menos, uma parte do fundamento econômico do ágio pago pela investidora, assim como havia ativos que deveriam ter sido avaliados a valor de mercado, para se aferir o devido tratamento a cada uma das hipóteses legais. Por tais razões, correto o procedimento adotado pela autoridade autuante, impedindo que os fatos efetivamente ocorridos tenham um tratamento tributário diverso do previsto na norma tributária então vigente. (...) 4.3 Ressalte-se ainda que não foi apresentada a valoração dos ativos e passivos das empresas a valor de mercado para obtenção do valor do ágio a valor de mercado (instrução CVM 247/96). Dessa forma não há como auferir do valor pago a maior, quanto foi pago em função do ágio decorrente dos ativos menos os passivos a valor de mercado, e quanto foi em função da expectativa de resultados futuros. 4.4 Dessa forma entendemos não ser cabível a amortização de ágio referente a essas aquisições, ainda porque as amortizações não foram contabilizadas, conforme previsto no artigo 7º da Lei nº 9.532 de 1997, artigo 10 da Lei nº 9.718/98 e artigo 20 do Decreto - Lei 1.598/1977, mas sim excluídas no LALUR (vide resposta do contribuinte em dada em 16/03/2018), e ainda que as operações de aquisição/incorporação ocorreram em 2007/2008 (anteriormente ao CPC 15 - Combinação de negócios, ao ICPC 09, e a Deliberação CVM nº 618, de 22 de dezembro de 2009). De acordo com



o Documento 6 (impugnação apresentada pelo contribuinte à fls. 2970/3377), ela deixa, já desde 2008, de realizar contabilmente a amortização do ágio, para realizar o teste de impairment para verificar a capacidade de recuperação dos investimentos nas empresas. (...)",

O perito judicial é profissional de confiança de Juízo, obrigado a cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo ou compromisso (art. 466, *caput*, CPC). O perito deve ser imparcial, não podendo ser impedido ou suspeito e a embargante não arguiu sua suspeição ou impedimento (art. 467, CPC).

Por sua vez, os assistentes técnicos são profissionais de confiança da parte e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição (art. 466. §1º, CPC).

Já o laudo produzido por auditoria independente é mera prova documental produzida unilateralmente pela parte interessada, sendo certo que o seu poder de persuasão não há de ser extraído a partir da empresa que o produziu, por mais renomada que seja no mercado, mas sim da qualidade de seu conteúdo e, em especial, de seu contraste com as demais provas produzidas nos autos.

Como visto, o perito judicial bem justificou as razões pelas quais o parecer do assistente técnico e o "relatório de auditoria" não serviam para a análise das questões postas nos autos.

Afirmou, em breve síntese que:

· O relatório produzido pela auditoria, além de outros faltantes, não apresenta nem mesmo os elementos básicos da NPA 01 (*NORMA DE PROCEDIMENTO DE AUDITORIA 01 - IBRACON*), que transcrevo:

**"ELEMENTOS BÁSICOS DO PARECER DOS AUDITORES INDEPENDENTES**

6. O parecer emitido pelo auditor independente compõe-se, basicamente, de três parágrafos, como se segue:

- a. Parágrafo referente à identificação das demonstrações contábeis e à definição das responsabilidades da administração e dos auditores.
- b. Parágrafo referente à extensão dos trabalhos.
- c. Parágrafo referente à opinião sobre as demonstrações contábeis.";

- Foram fornecidos apenas recortes da auditoria realizada;
- As notas explicativas não foram apresentadas na íntegra;
- Parte do relatório apresentado expressa ausência de análises e conciliações relacionadas à provisão constituída para riscos trabalhistas, fiscais e cíveis (este elemento relacionado à questão das provisões, mais adiante enfrentada);
- A análise feita pelo perito judicial da contabilidade da embargante, do PAF, etc. contraria suas conclusões.

Considero suficientes os esclarecimentos prestados, de modo que os questionamentos da embargante não foram satisfatórios para afastar o poder de convencimento derivado da excelência técnica e o grau de minúcia com que foi elaborado o laudo pericial, que bem analisou as teses apresentadas por ambas as partes, sempre as cotejando com o conjunto probatório.

Por isso concluo pela improcedência destes embargos no que se refere à *glosa da amortização das despesas com ágio*, eis que a embargante não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar a sua ilegitimidade.

#### *GLOSA DE EXCLUSÕES A TÍTULO DE REVERSÃO DE PROVISÕES INDEDUTÍVEIS*

A embargante aduz também ter sido indevida a *glosa de exclusões a título de reversão de provisões indedutíveis*, de que resultou a sua autuação com o lançamento suplementar de ofício de créditos de IRPJ e CSLL e aplicação de multa proporcional agravada. Enquanto a embargada reafirma a sua legitimidade.

Para auxiliar a resolução desta outra questão, foi determinada a produção de prova pericial.

A prova foi pedida pela embargante com o fim de demonstrar, no tocante à *glosa de exclusões a título de reversão de provisões indedutíveis*, que os procedimentos contábeis e fiscais adotados no período autuado não geraram qualquer dedução indevida de provisões, as quais já haviam sido adicionadas à apuração do lucro real em período anterior.

*Examino.*

Recordo aqui, para facilitar a compreensão da lide, as teses apresentadas por ambas as partes, no que se refere à *glosa de exclusões a título de reversão de provisões indedutíveis*.

A embargante defende que:

- A glosa referente às exclusões efetuadas no ano-calendário de 2011 a título de *reversão de provisões indedutíveis* no valor total de R\$ 67.129.310,79 foi realizada sob a justificativa de *não estarem refletidas na documentação apresentada pela embargante*;

- A glosa diz respeito às seguintes contas contábeis: (i) crédito de liquidação duvidosa (CC 1113.0001 e 1113.0002); (ii) perda na alienação de bens (CC 1214.000 e 1219.0022); (iii) processos tributários (CC 2116.0331); (iv) processos trabalhistas (CC 2116.0330); (v) provisão PLR (CC 2118.0003); (vi) provisão para ações ordinárias (CC 2116.0332); (vii) provisão para empréstimos compulsórios (CC 1292.0001); (viii) provisão bonificação a clientes (CC 2118.0308); e (ix) outras provisões;

- O AI ora combatido não questiona a natureza das provisões constituídas pela embargante e tampouco os valores que foram atribuídos a cada conta contábil, além de não contestar qualquer método de natureza contábil para o tratamento destes fatos econômicos. *O fundamento da glosa se restringe ao fato de que não haveria um casamento entre os valores encontrados no LALUR e aqueles consignados na contabilidade da embargante*;

- O AI que se limitou a afirmar que *as exclusões teriam sido feitas de forma equivocada*.

- *No caso, a embargante constituiu as provisões das obrigações ou perdas de ativos no ano-calendário de 2010, adicionando à apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL o valor total de R\$ 67.129.310,79.*

*No ano-calendário de 2011 (período objeto da presente autuação), após a não materialização das provisões constituídas no período anterior, a embargante*

*efetuou as respectivas exclusões na Parte A do seu LALUR, exatamente no valor de R\$ 67.129.310,79.*

*Assim, as (i) provisões constituídas pela embargante não foram deduzidas; e (ii) os valores registrados em cada conta contábil, de provisão, são exatamente os mesmos nos anos-calendários de 2010 (constituição da provisão e adição ao lucro real) e 2011 (reversão da provisão e exclusão no LALUR).*

*Os procedimentos fiscais e contábeis, adotados pela embargante, estão de acordo com as disposições dos artigos 335 a 339 e 249 do RIR/1999, isto é, verificadas as provisões não dedutíveis no período de 2010, estas foram adicionadas ao respectivo lucro líquido do período de apuração (R\$ 67.129.310,79). Em 2011, havendo a reversão das referidas provisões, foi efetuada a exclusão no LALUR nos mesmos valores (R\$ 67.129.310,79).*

*Por se tratar de provisões indedutíveis, os seus valores foram inicialmente adicionados na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL (2010). Assim, no período subsequente àquele no qual as provisões foram constituídas e adicionadas, foi realizada a exclusão na apuração do lucro real em função da reversão, restando comprovado que não houve, em momento algum, a sua dedução.*

Enquanto que a embargada assevera que:

· Embora a embargante alegue em sua defesa que, após a constatação das provisões não dedutíveis no período de 2010, houve a reversão das mesmas, sendo efetuado sua exclusão no LALUR nos mesmos valores, *não há registro na sua escrituração contábil das referidas reversões, razão pelo qual não há justificativa para as exclusões promovidas no LALUR, eis que os incisos I e II do art. 250 do RIR, somente permitem a exclusão do LALUR dos valores correspondentes a efetiva reversão das provisões realizadas na contabilidade;*

· Ao contrário do que alega a embargante, houve, sim, questionamento acerca da natureza das provisões constituídas, tendo a autoridade fiscal, desde o início da fiscalização solicitado o detalhamento do item "Outras Exclusões" do LALUR para que fosse apresentada a demonstração da origem dos valores e das contas contábeis.

*Por sua vez, o laudo pericial esclareceu o seguinte:*

(I) Efetuado o exame preliminar dos elementos contábeis e jurídicos trazidos aos autos e cotejando os documentos do Processo Administrativo e das Decisões do DR/POR, no que toca à *legitimidade da glosa das despesas com amortização de ágio, "concluiu da mesma forma e nos mesmos termos da TESE DA EMBARGADA". Assim como, na resposta aos esclarecimentos pedidos pelas partes, adotou integralmente o conteúdo da TESE DA EMBARGADA (ID 43082766 – Pág.8);*

(II) Respondendo ao Quesito F da embargada:

*"F) Há registro na escrituração contábil do embargante das reversões de todas as provisões não dedutíveis?"*

O perito respondeu:

*"Não, não há registro na escrituração contábil do embargante das reversões de todas as provisões não dedutíveis.". (ID 43082766 – Pág. 30).*

Na sequência, na justificação da resposta, aduz o experto, contrariando a tese da embargante, que o Auto de Infração questionou SIM a natureza das provisões por ela constituídas, bem como questionou os valores que foram atribuídos a cada conta contábil (ID 43082766 – Pág. 30).

Nessa toada, afirma o laudo:

*“O recorrente busca delimitar o objeto do lançamento argumentando que o Auto de Infração, em momento algum, questiona a natureza das provisões constituídas pela Requerente ou os valores que foram atribuídos a cada conta contábil, mas tão somente que não haveria um casamento entre os valores encontrados no LALUR e a contabilidade da Requerente, o que serviria para demonstrar uma exclusão indevida no ano-calendário de 2011.*

*Mais uma vez, não foi bem o que ocorreu no presente procedimento.*

Da mesma forma em que abordado no tópico relacionado às exclusões decorrentes da amortização fiscal do ágio, o auto de infração expressamente informa a existência do Termo de Verificação Fiscal, o qual traz todo o contexto do lançamento fiscal realizado. Analisando este contexto, depreende-se do Termo de Início de Procedimento Fiscal de fls. 6 a 8, que autoridade fiscal, já no início da fiscalização, demandou a apresentação do Lalur do correspondente ano-calendário, com o detalhamento do item Outras Exclusões (Linha 79 da Ficha 09A da DIPJ/2012), solicitando a demonstração da origem dos valores e as respectivas contas contábeis que as compuseram. Dentre os valores, já era do conhecimento da autuada, estavam as exclusões das supostas reversões de provisões indedutíveis, logo seria sua obrigação trazer para o auditor todos os documentos que justificariam a origem de tais exclusões. Embora encaminhado o Lalur, não foram apresentados os documentos pertinentes que demonstrariam a origem dos valores ali consignados. Em uma nova tentativa, conforme se constata do Termo de Verificação e de Intimação Fiscal de fls. 640 a 642, foram formalizadas as principais conversas tidas em reunião realizada na data de 17/06/2015, oportunidade em que foram demonstradas aos representantes da empresa diversas inconsistências encontradas. Dentre elas foram abordadas questões relacionadas às exclusões efetuadas, tendo sido demandadas explicações acerca das adições e exclusões realizadas, inclusive ressaltando que na reunião foi demonstrado que no Lalur, há provisões para créditos trabalhistas que são adicionadas, mas que depois são excluídas. E que, ao perguntar o porquê das exclusões, os representantes da empresa não souberam informar. Ou seja, novamente foram demandadas as demonstrações das origens das exclusões promovidas no Lalur, embora não apenas isto.

Foi consignado pela autoridade fiscal (fls. 2937) que, em 21/07/2015, o contribuinte apresentou parte das informações/esclarecimentos solicitados na intimação, mas, como estavam incompletos, foi marcada nova data de apresentação para dali a vinte dias e que as planilhas apresentadas como justificativas das exclusões para créditos trabalhistas não foram acompanhadas de explicações por escrito (sendo que também não houve nenhuma explicação verbal), e nada esclareceram.

Em 09/11/2016, a empresa foi intimada a apresentar o detalhamento da Exclusão do Lalur da Amortização de Ágio Nutella e Laura, no valor de R\$ 24.699,433,44, e a apresentar o detalhamento do Ajuste do Regime Tributário de Transição (RTT). Não houve resposta, por parte da empresa, a esta intimação

(...)

Portanto, o que não faltou foi questionamento das operações conduzidas pela requerente, bem como dos valores lançados (ou não) pelo contribuinte, justamente na tentativa de identificar a na-

*tureza das provisões e eventuais reversões que pudessem justificar as exclusões efetuadas.”.(grifei) (ID 43082766 – Pág. 30)*

Recordo aqui que a embargante afirma que constituiu as provisões das obrigações ou perdas de ativos no ano-calendário de 2010, adicionando à apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL o valor total de R\$ 67.129.310,79 e que, no ano-calendário de 2011 (período objeto da autuação), após a não materialização das provisões constituídas no período anterior, efetuou as respectivas exclusões na Parte A do seu LALUR, exatamente no valor de R\$ 67.129.310,79.

*A perícia buscava então verificar se essas exclusões promovidas no LALUR encontravam justificativa em sua contabilidade.*

Avançando em suas conclusões, respondendo diretamente ao Quesito F da embargada, *o perito assevera, contrariando a embargante, que ela NÃO obedeceu às disposições do RIR/99, eis que em sua contabilidade não consta a reversão das provisões que ela excluiu do LALUR:*

“Uma vez constituída a provisão, duas hipóteses podem ocorrer: (1) não se confirmando a perda vislumbrada, opera-se a reversão da provisão, em contrapartida de conta de receita. Mas como a receita não é tributável, por já ter sido tributada com a adição anterior, promove-se a exclusão; (2) confirmada a perda, também se reverte a provisão contra o pagamento do passivo ou baixa do ativo. Nestas hipóteses, as despesas contabilizadas em período anterior, tornam-se dedutíveis, se atenderem a eventuais outras condições de dedutibilidade. A dedução é realizada mediante exclusão na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, pois a operação de pagamento do passivo ou baixa do ativo não afetou o resultado contábil.

*Em ambos os casos, conforme os incisos I e II do art. 250 do RIR, só seria permitida a exclusão no Lalur dos valores decorrentes da efetiva reversão das provisões realizadas na contabilidade.*

Ocorre que *na contabilidade do contribuinte, conforme demonstrado pela fiscalização, não há qualquer reversão das provisões, portanto, não há justificativa para as exclusões promovidas no Lalur.* Ademais, a impugnante também não apresentou provas que tais fatos tenham ocorrido, ainda que não registrados na contabilidade. Não se demonstra estar diante de (1) valores que não tenham sido computados na apuração do Lucro Líquido do período de apuração, mas cuja dedução é autorizada pela legislação tributária; (2) resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores incluídos na apuração do Lucro Líquido que, de acordo com a legislação tributária, não sejam computados no Lucro Real; (3) valores que foram anteriormente adicionados na base de cálculo do IRPJ e/ou da CSLL e que, no período de apuração em curso, já preenchem as condições de dedutibilidade.

(...)

*Não dá para aceitar o simples argumento de mero confronto entre adição e exclusão, mediante a apresentação do Lalur dos anos 2010 e 2011, sem apresentar a contabilidade correspondente e documentos que a embasam. Suponha que ele tenha provisionado a ação trabalhista e adicionado, até aí, ok. Mas, ao reconhecer a perda desta ação trabalhista provisionada, ao invés de baixar a provisão contra o pagamento do passivo, ela fizer o reconhecimento de uma nova despesa contra o pagamento deste passivo e também promover a exclusão, estaríamos diante*

*de uma duplicidade de fato ensejador da redução do lucro (um contábil e o outro fiscal). O correto seria baixar a provisão, sem transitar por conta de resultado, para poder fazer a exclusão em face da despesa que passou a ser dedutível. Se a exclusão efetuada não é devidamente comprovada, a despeito da insistente demanda por faze-lo, considerando que a fiscalização demonstra não ter ocorrido a efetiva reversão das provisões na contabilidade, deve-se concluir que não atende aos ditames legais que a autorizariam, restando correta a sua glosa e o correspondente lançamento tributário.*

Sendo assim, correta a glosa das exclusões promovidas, pois não se demonstra a ocorrência das hipóteses permissivas previstas no art. 250 do RIR/99.” (grifei) (ID 43082766 – Pág. 35)

Em suma, a prova técnica confirma que as exclusões promovidas pela embargante no LALUR não encontram reflexo em sua contabilidade que as justificasse.

E o laudo demonstra também que as exclusões não podem ser justificadas apenas pelo confronto do LALUR dos anos 2010 e 2011 sem a apresentação da contabilização correspondente ou outros documentos que as embasem, eis que a análise exclusiva do LALUR, desacompanhada de prova da efetiva reversão da provisão na contabilidade, poderia permitir duplicação de fatos ensejadores da redução do lucro (o contábil e o considerado para fins fiscais).

Dessa maneira, ausente seu espelho na contabilidade, não havia qualquer justificativa para as exclusões que a embargante promoveu no LALUR e que ensejaram a sua autuação, sendo certo que foi legítima a conduta da Autoridade Fiscal.

(III) Respondendo ao Quesito G da embargada:

“G) Há lançamentos de reversão de provisão no Razão referentes a:

- Processos Trabalhistas?
- Processos Tributários
- Bonificação a clientes?
- Provisão de PLR?
- Outras Provisões?”

O perito respondeu:

“Não, não há lançamentos de reversão de provisão no Razão referentes a: Processos trabalhistas; Processos Tributários; Bonificação a clientes; Provisão de PLR e Outras provisões” (ID 43082766 – Pág. 36)

Essa resposta é relevante pois demonstra que também não havia outros fundamentos contábeis para as exclusões promovidas pela embargante no LALUR.

(IV) Respondendo ao Quesito H da embargada:

“H) Os documentos contábeis apresentados foram suficientes? Deveria ter sido apresentada pelo contribuinte documentação contábil complementar?”



O perito respondeu:

- "1) Não, os documentos contábeis apresentados não foram suficientes.  
2) Não, o contribuinte apresentou documentação contábil complementar, considerando o ônus da prova já abordado quanto às exclusões relacionadas a amortização do ágio, a escrituração somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados, se eles forem comprovados por documentos hábeis e idôneos, não bastando a mera comparação entre livros de registro." (ID 43082766 – Pág. 38)

Tem-se nesse ponto da perícia, um reforço à resposta ao Quesito F da embargada, no sentido de que a embargante não apresentou provas que demonstrassem que ela operacionalizou contabilmente as exclusões que promoveu no LALUR.

(VIII) Agora respondendo aos Quesito 1 a 7 *da embargante* no que se refere às *reversões indedutíveis*:

"Quesito 1

Queira o Sr. Perito informar quando as provisões poderão ser dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL e, não sendo dedutíveis, qual procedimento o contribuinte deve realizar?

Quesito 2

O Sr. Perito, poderia nos esclarecer o efeito na base tributária do IRPJ e da CSLL, quando há provisões indedutíveis e se elas são adicionadas ao LALUR?

Quesito 3

Queira Sr. Perito informar se:

A) Todas as provisões na tabela abaixo foram realizadas pela Embargante, conforme demonstrado nas fls. 3.248 do processo administrativo (pág. 220 do documento de ID 19261730) e se elas são dedutíveis para IRPJ/CSLL.

(....)

B) As Provisões expostas na tabela do item "A" foram devidamente adicionadas ao LALUR no ano calendário de 2010, sendo elas não dedutíveis?

Quesito 4

Queira o Sr. Perito nos informar se há possibilidade de provisões realizadas em ano calendário anterior serem revertidas no ano calendário seguinte. Sendo essas provisões indedutíveis, qual seria o procedimento que o contribuinte do lucro real teria que realizar?

Quesito 5

O Sr. Perito poderia nos esclarecer o efeito das reversões de provisões indedutíveis na base de cálculo do IRPJ/CSLL e se as mesmas devem ser excluídas do LALUR?

Quesito 6

Queira Sr. Perito informar se:

A) Todas as reversões na tabela abaixo foram realizadas pela Embargante, conforme demonstrado nas fls. 3.305 do processo administrativo (pág. 277 do documento de ID 19261730), e se elas são dedutíveis para IRPJ/CSLL?

(....)

B) As Provisões expostas na tabela do item "A" foram devidamente Excluídas do LALUR no ano calendário de 2011, sendo elas não dedutíveis?

Quesito 7

Referente aos quesitos 1º ao 6º, o Sr. Perito poderia nos confirmar se os procedimentos realizados pela Embargante foram todos de acordo com a legislação

tributária vigente à época dos fatos geradores, indicando as bases normativas aplicáveis? E, assim sendo, houve algum prejuízo ao Fisco Federal na contabilização interna?”.

O perito respondeu reiterando a resposta dada anteriormente aos quesitos da embargada, no sentido do acolhimento integral de suas teses, sempre em desfavor da embargante, considerando correta a glosa de exclusões a título de reversão de provisões indedutíveis, por não ter sido demonstrada em sua contabilidade, ou por quaisquer outros documentos, a efetiva reversão contábil das exclusões promovidas no LALUR (ID 43082766 – Pág. -54).

*Quanto a esses quesitos, há apenas de se reiterar o que já foi exposto acima a respeito do resultado da perícia, em especial a conclusão de que as exclusões não podem ser justificadas apenas pelo confronto do LALUR dos anos 2010 e 2011 sem a apresentação da contabilidade correspondente ou outros documentos que as embasem, eis que a análise exclusiva do LALUR, desacompanhada de prova da efetiva reversão da provisão na contabilidade, poderia permitir duplicação de fatos ensejadores da redução do lucro (o contábil e o considerado para fins fiscais).*

Como já mencionado, a embargada manifestou-se sobre o laudo pericial a ID 46252127 concordando integralmente com o seu conteúdo e a embargante a ID 44463683, apresentando parecer elaborado por seu assistente técnico.

Pediu também esclarecimentos sobre a perícia a ID 4446161, questionando o fato de, nas conclusões do laudo, o perito ter ignorado os documentos contábeis/fiscais da empresa, o parecer de seu assistente técnico especializado e, ainda, a auditoria realizada por empresa independente de renome mundial (DELOITTE TOUCHE TOHMATSU).

O perito prestou esclarecimentos a ID 52930721 reiterando suas conclusões. Segue transcrito o trecho mais relevante de sua manifestação, *agora no que se refere à glosa de exclusões a título de reversão de provisões indedutíveis*:

“(2) como a auditoria fiscal, o laudo judicial, o parecer elaborado pelo assistente técnico especializado e o relatório da auditoria são pautados nos registros contábeis da empresa, deixou-se de considerar o teor do relatório de autoria e do parecer do assistente técnico, em cada um dos quesitos, tendo em vista que:

(3.1) o “relatório de auditoria” fornecido pela Embargante, no formado em que se apresenta, é imprestável para viabilizar a análise necessária, se quer apresenta os elementos fundamentais da NPA 01. (O relatório de auditoria tem por elementos básicos: (a) Parágrafo referente à identificação das demonstrações contábeis e à definição das responsabilidades da administração e dos auditores, (b) Parágrafo referente à extensão dos trabalhos, a fim de apurar se o objeto da perícia fora abarcado ao escopo e, por quais meios contábeis fundamentados e (c) Parágrafo referente à opinião sobre as demonstrações contábeis, de modo completo sem recortes. Estes elementos da norma e tantos outros, não foram elucidados por meio dos “recortes” fornecidos. Importante também ressaltar a ausência da íntegra das notas explicativas. Frisa-se também que parte do relatório ofertado expressa a ausência de análises e conciliações relacionadas à provisão constituída para riscos trabalhistas, fiscais e cíveis;

(3.1) o “relatório de auditoria” fornecido pela Embargante, no formado em que se apresenta, é imprestável para viabilizar a análise necessária, se quer apresenta os

elementos fundamentais da NPA 01. (O relatório de auditoria tem por elementos básicos: (a) Parágrafo referente à identificação das demonstrações contábeis e à definição das responsabilidades da administração e dos auditores, (b) Parágrafo referente à extensão dos trabalhos, a fim de apurar se o objeto da perícia fora abarcado ao escopo e, por quais meios contábeis fundamentados e (c) Parágrafo referente à opinião sobre as demonstrações contábeis, de modo completo sem recortes. Estes elementos da norma e tantos outros, não foram elucidados por meio dos “recortes” fornecidos. Importante também ressaltar a ausência da íntegra das notas explicativas. Frisa-se também que parte do relatório ofertado expressa a ausência de análises e conciliações relacionadas à provisão constituída para riscos trabalhistas, fiscais e cíveis.;

(3.2) em síntese, “(...) O Laudo Judicial esclarece que: (1) efetuando o exame preliminar nos elementos contábeis e jurídicos trazidos aos autos e cotejando os documentos do Processo Administrativo e das Decisões do DR/RPO, em face do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ, com base no: Ágio; Fundamento Econômico; Demonstrativo; Enquadramento nas Hipóteses Legais; Exclusão do Lucro Real; Reversão de Provisões Indedutíveis, concluiu da mesma forma e nos mesmos termos da TESE DA EMBARGADA; (2) adotou integralmente o seu conteúdo, nas respostas aos esclarecimentos solicitados pelas partes;” (...) (...) Não, não há registro na escrituração contábil do embargante das reversões de todas as provisões não dedutíveis. (...) Não dá para aceitar o simples argumento de mero confronto entre adição e exclusão, mediante a apresentação do Lalur dos anos 2010 e 2011, sem apresentar a contabilidade correspondente e documentos que a embasam. Suponha que ele tenha provisionado a ação trabalhista e adicionado, até aí, ok. Mas, ao reconhecer a perda desta ação trabalhista provisionada, ao invés de baixar a provisão contra o pagamento do passivo, ela fizer o reconhecimento de uma nova despesa contra o pagamento deste passivo e promover a exclusão, estaríamos diante de uma duplicidade de fato ensejador da redução do lucro (um contábil e o outro fiscal). O correto seria baixar a provisão, sem transitar por conta de resultado, para poder fazer a exclusão em face da despesa que passou a ser dedutível. Se a exclusão efetuada não é devidamente comprovada, a despeito da insistente demanda por fazê-lo, considerando que a fiscalização demonstra não ter ocorrido a efetiva reversão das provisões na contabilidade, deve-se concluir que não atende aos ditames legais que a autorizariam, restando correta a sua glosa e o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, correta a glosa das exclusões promovidas, pois não se demonstra a ocorrência das hipóteses permissivas previstas no art. 250 do RIR/99. (...) Considerando o ônus da prova já abordado quanto às exclusões relacionadas a amortização do ágio, a escrituração somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados, se eles forem comprovados por documentos hábeis e idôneos, não bastando a mera comparação entre livros de registro.”

*Apenas reforçando o que já foi dito*, o perito judicial é profissional de confiança de Juízo, obrigado a cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo ou compromisso (art. 466, *caput*, CPC). O perito deve ser imparcial, não podendo ser impedido ou suspeito e a embargante não arguiu sua suspeição ou impedimento (art. 467, CPC).

Por sua vez, os assistentes técnicos são profissionais de confiança da parte e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição (art. 466. §1º, CPC).

Já o laudo produzido por auditoria independente é mera prova documental produzida unilateralmente pela parte interessada, sendo certo que o seu poder de persuasão não há de ser extraído a partir da empresa que o produziu, por mais renomada que seja no mercado, mas sim da qualidade de seu conteúdo e, em especial, de seu contraste com as demais provas produzidas nos autos.

Como visto, o perito judicial bem justificou as razões pelas quais o parecer do assistente técnico e o “relatório de auditoria” não serviriam para a análise das questões postas nos autos.

Afirmou, em breve síntese que:

- O relatório produzido pela auditoria, além de outros faltantes, não apresenta nem mesmo os elementos básicos da NPA 01 (*NORMA DE PROCEDIMENTO DE AUDITORIA 01 - IBRACON*), que transcrevo:

“ELEMENTOS BÁSICOS DO PARECER DOS AUDITORES INDEPENDENTES

6. O parecer emitido pelo auditor independente compõe-se, basicamente, de três parágrafos, como se segue:

- a. Parágrafo referente à identificação das demonstrações contábeis e à definição das responsabilidades da administração e dos auditores.
- b. Parágrafo referente à extensão dos trabalhos.
- c. Parágrafo referente à opinião sobre as demonstrações contábeis.”;

- Foram fornecidos apenas recortes da auditoria realizada;
- As notas explicativas não foram apresentadas na íntegra;
- Parte do relatório apresentado expressa ausência de análises e conciliações relacionadas à provisão constituída para riscos trabalhistas, fiscais e cíveis;
- A análise feita pelo perito judicial da contabilidade da embargante, do PAF, etc. contraria suas conclusões.

Assim, *novamente*, considero suficientes os esclarecimentos prestados, de modo que os questionamentos da embargante não foram satisfatórios para afastar o poder de convencimento derivado da excelência técnica e o grau de minúcia com que foi elaborado o laudo pericial, que bem analisou as teses apresentadas por ambas as partes, sempre as cotejando com o conjunto probatório.

Por isso concluo pela improcedência destes embargos no que se *também* refere à *glosa de exclusões a título de reversão de provisões indedutíveis*, eis que a embargante não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar a sua ilegitimidade.

**DA MULTA PUNITIVA AGRAVADA**

Na execução fiscal estão sendo cobrados créditos a título de IRPJ e CSLL, ambos com aplicação de *multa proporcional agravada* no percentual de 112,5%.

Conforme consta do *Termo de Verificação e Auto de Infração* de fls. 2931/2941 do PAF a embargante teve a multa de ofício agravada do percentual de 75% para o de 112,5% “*pelo não atendimento da intimação de 09/11/2016*”.

Tem-se do mesmo documento que referida intimação exigia da embargante apresentar o *detalhamento da exclusão do LALUR da “Amortização de Ágio Nutrella e Laura”*, bem como a apresentar o *detalhamento do Ajuste do Regime Tributário*

de Transição (RTT), não tendo havido resposta da empresa a esta intimação (itens 10.3 e 10.4 – fls. 2938/2939).

O *desatendimento da intimação de 09/11/2016 é incontroverso*, porém, a embargante sustenta ser inaplicável a incidência da multa agravada, pois que: (i) a majoração da penalidade só seria cabível quando comprovada intenção de embaraço à fiscalização, o que evidentemente não teria ocorrido no presente caso; (ii) tendo a intimação de 09/11/2016 sido referente à amortização do ágio, a majoração da penalidade jamais poderia recair sobre a totalidade do crédito tributário objeto do Auto de Infração, mas tão somente sobre a parcela a ele relativa (ágio).

Pois bem.

Sobre a multa agravada pela não prestação de esclarecimentos, assim dispõe a legislação consolidada no RIR/99:

Art. 959. As multas a que se referem os incisos I e II do art. 957 passarão a ser de cento e doze e meio por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, § 2º, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 70, I):

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 265 e 266;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 267.

Na forma do art. 136 do CTN, salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos dos atos.

Como visto, as normas que prescrevem o agravamento da multa de ofício para a hipótese de não atendimento de intimação para a prestação de esclarecimentos não exigem qualquer dolo específico do sujeito passivo.

Bem por isso, despidianda a indagação acerca do intuito da embargante de embaraçar ou não a fiscalização pelo não atendimento da referida intimação.

Também pela letra do art. 136 do CTN, faz-se desnecessária qualquer comprovação de que o não atendimento da intimação tenha acarretado efetivo prejuízo à atividade de fiscalização.

Basta, assim, para o agravamento da multa de ofício, a falta de atendimento, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos, independente da razão que motivou o não atendimento. E o não atendimento da intimação pela embargante é incontroverso, além de estar bem retratado nos autos.

Quanto à tentativa de limitar a incidência da multa à questão não esclarecida, qual seja, a da amortização do ágio, melhor sorte não assiste à embargante.

Os tipos infracionais consolidados no RIR/99 não trazem qualquer previsão do gênero, sendo certa a intenção do legislador de preservar o procedimento fiscalizatório *in totum*, eis que como explicitam os arts. 927 e 928 também do RIR/99:

Art. 927. Todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional no exercício de suas funções, sendo as declarações

tomadas por termo e assinadas pelo declarante (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º). Art. 928. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979, art. 2º, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 197).

Tampouco se poderia supor que o não atendimento da intimação pela embargante poderia única e exclusivamente trazer prejuízo à apuração da amortização do ágio.

Pelo contrário, como bem delineado pelo acórdão proferido pelo CARF, não se pode ter certeza se os fatos ocultados pela embargante não poderiam ter demonstrado que ela devia créditos de maior soma; ou se indicavam sua responsabilidade por outras infrações; ou se poderiam até ampliar a ação fiscal.

Não há dúvida, portanto, que a infração prejudica a atuação da Administração Tributária como um todo, pelo que é indevida a limitação pretendida.

Pelo exposto, rejeito a redução da multa agravada.

#### **DISPOSITIVO**

Pelo exposto, *JULGO IMPROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO.*

Deixo de condenar a embargante ao pagamento de honorários, tendo em vista a incidência do encargo legal, que lhe faz as vezes.

Determino o traslado de cópia desta sentença para os autos do executivo fiscal. Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo, observadas as cautelas de estilo.

Publique-se e intime-se. Registro dispensado em autos eletrônicos (Decisão n. 2903685/2017 – Corregedoria Regional da 3ª. Região).

*São Paulo, 10 de março de 2022.*



## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**

### **5000105-87.2020.4.03.6007**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/MS

Réus: INSTITUTO EDUCACIONAL HENRY WALLON NOROESTE LTDA - ME, INSTITUTO EDUCACIONAL CRISTAL NOROESTE LTDA - ME, C C P CRISTAL, ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DE JALES, UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO ITAQUA LTDA, CLAUDIO CESAR PEREIRA CRISTAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE COXIM - MS

Juiz Federal: NEY GUSTAVO PAES DE ANDRADE

Disponibilização da Sentença: DJEN 04/10/2022

### **SENTENÇA**

#### ***I – RELATÓRIO***

Trata-se de ação civil pública, com pedido liminar, ajuizada pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* em face do *INSTITUTO EDUCACIONAL HENRY WALLON NOROESTE*, *INSTITUTO EDUCACIONAL CRISTAL NOROESTE* e *INSTITUTO EDUCACIONAL FRIEDRICH FROBEL NOROESTE*, representados por Cláudio César Pereira Cristal; *CLAUDIO CÉSAR PEREIRA CRISTAL*; *CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JALES – UNIJALES*; e *UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR E TECNICO ITAQUA LTDA*, em que se busca: a) a nulidade de todos os diplomas expedidos em parceria com os réus, excluídos aqueles validamente desenvolvidos exclusivamente pelas instituições de ensino em seu endereço de credenciamento; b) que os demandados se abstenham de fornecer ou promover, ainda que à distância, cursos superiores em desconformidade com as normas do Ministério da Educação; c) a condenação dos requeridos, de forma solidária, à reparação de danos materiais e morais sofridos pelos alunos lesados, diante da oferta irregular de curso de nível superior e pós-graduação; d) a condenação dos réus ao pagamento solidário, a título de danos morais coletivos, em razão de publicidade enganosa e oferta de cursos irregulares e diplomas falsos, a quantia de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

Em decisão, foi afastada prevenção em relação aos autos nº 5000200-25.2017.403.6007 e parcialmente concedida a antecipação de tutela, para que: a) os demandados se abstivessem de fornecer, direta ou indiretamente, ainda que por meio de contratos firmados com outras instituições de ensino, cursos superiores em desacordo com as normativas do MEC, bem como suspendessem as atividades dos cursos em andamento; b) fosse oficiado aos Municípios situados nesta Subseção Judiciária, a fim de dar ciência da presente decisão (ID29758440).

Os municípios situados na circunscrição territorial desta Subseção Judiciária foram oficiados (ID29964679 e seguintes) e não manifestaram interesse em intervenção no feito.

Publicado edital para conhecimento de eventuais interessados da propositura da presente demanda (ID29963614).

Citados, os réus contestaram e juntaram documentos.

A UNIJALES, alegou, em preliminar, ilegitimidade passiva e existência de prejudicialidade externa com processo administrativo em curso, requerendo,

em relação a esse segundo ponto, a suspensão do processo até o desfecho do processo administrativo; no mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos (ID 32486773 e anexos).

O INSTITUTO EDUCACIONAL CRISTAL NOROESTE LTDA – ME, INSTITUTO EDUCACIONAL HENRY WALLON NOROESTE LTDA – ME, INSTITUTO EDUCACIONAL FRIEDRICH FRÖBEL NOROESTE e CLÁUDIO CÉSAR PEREIRA CRISTAL ofertaram contestação em conjunto (peça única) aduzindo, em preliminar, ilegitimidade passiva do INSTITUTO EDUCACIONAL HENRY WALLON NOROESTE LTDA – ME, do INSTITUTO EDUCACIONAL FRIEDRICH FRÖBEL NOROESTE e de CLÁUDIO CÉSAR PEREIRA CRISTAL, e ilegitimidade ativa do MPF; no mérito, advogaram pela improcedência dos pedidos (ID 37996494 e anexos).

A UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR E TECNICO ITAQUA LTDA pugnou, em preliminar, a ilegitimidade passiva e correção do valor da causa; no mérito a improcedência dos pedidos (ID 42752076).

Intimado das contestações, o Ministério Público Federal apresentou réplica (ID 52748175).

As partes foram intimadas a especificar provas.

O MPF se manifestou pelo julgamento antecipado do mérito, entendendo não haver necessidade de outras provas; subsidiariamente, requereu a oitiva do Chefe do PROCON de Costa Rica/MS (ID 53533713).

A UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO ITAQUA LTDA requereu a oitiva de três consumidores lesados com a contratação dos cursos sem reconhecimento no MEC, ou de quaisquer outros consumidores indicados nos autos como lesados, a serem escolhidos pelo Juízo (ID 54199745).

Os demais réus não especificaram provas.

A UNIÃO requereu prazo de 30(trinta) dias para se manifestar conclusivamente sobre a existência de interesse jurídico (ID55194506).

Em decisão de saneamento do processo foram afastadas as preliminares arguidas, bem como a necessidade de produção de outras provas que não as já constantes nos autos. Ademais, deferiu-se dilação de prazo para União manifestar interesse na lide, bem como as partes foram intimadas a apresentar memoriais (ID247072531).

As partes apresentaram memoriais (ID248591916, 248804058, 249512017 e 249781722).

A União Federal, por fim, solicitou o seu ingresso no feito, como assistente litisconsorcial do *Parquet* (ID249745364).

Vieram os autos conclusos.

*É a síntese do necessário. DECIDO.*

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 – Das preliminares e do ingresso da União na lide

Observa-se, inicialmente, que as preliminares arguidas pelas partes já foram devidamente examinadas e afastadas na decisão de ID247072531.

De outro lado, DEFIRO o requerimento da União Federal para a sua inclusão no polo ativo, como assistente litisconsorcial (ID249745364), demonstrado o seu

interesse, visto que em matéria de educação superior cabe à União, por meio do Ministério da Educação, a regulação, supervisão e avaliação dos estabelecimentos de ensino e cursos ofertados. ANOTE-SE.

## *II.2 – Do Mérito*

Reconheço a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, com a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa e, superadas as questões preliminares, passa-se à análise do mérito.

### *II.2.1 – Da responsabilidade dos réus*

A parte autora busca a reparação dos danos a direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos causados pela oferta irregular de curso de nível superior, bem como condenação dos réus a se absterem de fornecer, direta ou indiretamente, cursos superiores em desacordo com as normativas do Ministério da Educação, além da nulidade de todos os diplomas expedidos pela UNIJALES e pela UNEITAQUÁ, em parceria com os INSTITUTOS HENRY WALLON, CRISTAL NOROESTE e FRIEDRICH FROBEL NOROESTE, referente aos cursos ministrados em Costa Rica/MS.

Decorrido todo o trâmite processual, denota-se que o entendimento exarado por ocasião da tutela de urgência não somente se manteve, mas foi corroborado pelas demais provas colacionadas aos autos.

Nos termos já mencionados, a educação superior é livre à iniciativa privada, desde que observadas às normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Ademais, a autorização, reconhecimento, credenciamento, supervisão e avaliação de cursos de IES privadas são de competência da União, nos termos dos arts. 9º, inciso IX, e 16, inciso II, ambos da Lei 9.394/96 – lei de diretrizes da educação nacional, bem como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2501/MG.

Desse modo, para que a IES funcione regularmente são necessários os seguintes atos autorizativos, nos termos da Lei 9.394/96, Decreto 5.773/2006 e Nota Técnica nº 386/2013/CGLNRS/DPR/SERES/MEC:

*I) Credenciamento:* primeiro ato autorizativo da Instituição de Ensino Superior;

*II) Recredenciamento:* reanálise periódica dos requisitos legais e revalidação do credenciamento.

Para os cursos superiores de graduação são exigidos pelo MEC, ainda, posteriores ao credenciamento:

*I) Autorização:* ato prévio que permite o início da oferta do curso e que deve ser obrigatoriamente obtida: *a) pelas Faculdades, para oferta de qualquer curso de graduação; b) pelas Universidades e Centros Universitários, apenas para a oferta de curso de graduação em medicina, odontologia, psicologia e direito, assim como para oferta de cursos em endereços fora do município-sede;*

*II) Reconhecimento:* deve ser solicitado quando o curso de graduação tiver completado 50% do período de sua integralização e antes de completar 75% desse período, a contar do início das aulas. *O reconhecimento é imprescindível para validade nacional dos diplomas emitidos pela IES;*

*III) Renovação de reconhecimento:* reanálise periódica dos requisitos legais e revalidação do reconhecimento.

Os cursos de graduação na modalidade à distância – EAD necessitam que a instituição de ensino seja *previamente credenciada no ensino presencial*. Além disso, deve-se haver previsão dos locais destinados à realização de atividades presenciais obrigatórias, a sede da instituição, acrescida dos endereços dos polos de apoio presencial credenciados. Os polos de apoio se restringem ao município referido no ato de credenciamento.

Destaca-se que os atos autorizativos expedidos em favor de determinada IES são *personalíssimos e restritos à instituição aos quais foram emanados, sendo vedada terceirização de atividades acadêmicas a entidades não credenciadas*. Podem ser terceirizadas para entidades não credenciadas apenas atividades de natureza operacional e logística, *jamais atividades de natureza acadêmica*, como mencionado, indelegáveis.

Acerca dos cursos de *pós-graduação lato sensu*, atualmente, só é possível o credenciamento para *instituições de ensino superior e para escolas de governo*, já tendo sido revogada hipótese de “credenciamento especial” para demais entidades, conforme Resolução CNE/CES nº 04/2011.

Nesse prisma, *para IES já credenciada*, seria necessária a *inscrição do curso de pós-graduação lato sensu junto ao Cadastro Nacional de Cursos de Pós-Graduação lato sensu*.

Os cursos ofertados por entidades que não são credenciadas no Sistema Federal de Ensino são considerados apenas “*cursos livres*”, *não autorizados a expedir certificados de pós-graduação*, apenas certificados de participação, *sem valor de título de curso superior*.

Frisa-se, mais uma vez, que tais atos autorizativos são *personalíssimos* também, não podendo haver terceirização da atividade acadêmica, sob pena de caracterizar irregularidade administrativa, sem prejuízo de sanções civis e penais, nos termos do art. 11 do Decreto nº 5.773/2006.

No caso concreto, os documentos constantes dos autos indicariam que os Institutos Henry Wallon Noroeste LTDA – ME, Cristal Noroeste e Friedrich Frobel Noroeste, *por meio de parceria ilegal com o Centro Universitário de Jales e Faculdade Itaquá*, forneciam, *de forma direta*, cursos superiores, bem como segunda licenciatura/pós-graduação em Costa Rica, de 2015 a 2019.

Os institutos supracitados *não possuem sequer credenciamento* como IES no MEC, sendo este o ato autorizativo inicial de funcionamento, nos termos do que informou o Ministério da Educação (ID29430892, p. 6 e 249745365, p. 4).

De outro lado, tanto a UNIJALES quanto a UNEITAQUÁ encontram-se credenciadas *apenas para oferta de cursos superiores de graduação na modalidade presencial*, em Jales e Itaquaquecetuba, respectivamente. Quanto a UNEITAQUÁ, houve o seu credenciamento de EAD Provisório em 20/04/2018 e definitivo em 04/11/2020 (ID249745365, p. 4), *todavia, mesmo estes somente podem ocorrer em sua sede, não autorizados, portanto, a fornecer cursos no município de Costa Rica/MS*.

Além disso, os documentos e termos que acompanham a inicial indicam que a UNIJALES e a UNEITAQUÁ *terceirizavam* a própria atividade acadêmica, aos Institutos mencionados, em atividade também vedada.

A alegação de que os institutos prestavam serviço apenas logístico e não acadêmico não procede.

Foi apresentado termos de cooperação técnica, entre a UNEITAQUÁ e o Instituto Educacional Cristal Noroeste (ID37996463) e entre Foccus Desenvolvimento Educacional Eireli e o Instituto Cristal Noroeste (ID37996467).

Cabe destacar que o *responsável pela Foccus era Antônio Carlos de Souza, único sócio da Unidade de Ensino Superior e Técnico Itaquá Ltda, até a sua quarta alteração contratual, em 19/11/2018, quando deixou a sociedade (ID42752093).*

Tais termos, apesar do escopo de conferir aparente legalidade a parceria entre eles, acabam por deixar claro a ilicitude de suas atividades, pois ao descrever as obrigações do Instituto Cristal indica que este também era responsável pela gestão acadêmica dos cursos:

(...) Clausula 9ª

**DAS OBRIGAÇÕES DO INSTITUTO CRISTAL**

Responsabilizar-se pela divulgação do(s) curso(s) e captação de alunos nos polos regionais devidamente demarcados pela FOCCUS;

Responsabilizar-se pela *contratação e pagamento dos professores* em quantidade e qualidade necessários com suas responsabilidades trabalhistas;

Responsabilizar-se pelo repasse dos recursos provenientes do pagamento das mensalidades dos alunos e acordo com o estabelecido no Termo Aditivo que é parte integrante deste contrato.

Atuar na *coordenação* em conjunto com a FOCCUS, *das atividades presenciais.*

*Avaliar o desempenho dos alunos*, mediante seus professores.

Apresentar representante em suas reuniões, nos casos em que não puder comparecer pessoalmente, sendo que as referidas reuniões deverão ser sempre agendadas previamente.

*Colaborar na seleção e indicação profissional responsável pela supervisão pedagógica do curso.*

Colaborar como orientador na elaboração e supervisão publicitários e nos editais.

Responsabilizar-se legalmente pelos direitos autorais, de imagem, de áudio, marcas e patentes bem como material didático do curso referente a este contrato.

Responsabilizar-se pela entrega de todos os documentos físicos dos alunos na sede da FOCCUS mediante protocolo de entrega.

**DAS OBRIGAÇÕES DA FOCCUS**

Tendo o INSTITUTO CRISTAL *realizado todos os atos* iniciais, medianos e finais do contrato, *tais como* captação dos alunos, *ministração das aulas*, entrega de todos os documentos físicos de forma completa, entrega de trabalhos, monografias e ou pastas de estágio, atas, diários, grades, projetos, bem como ao repasse de valores contidos no item aditivo, A FOCCUS *se obriga proceder a confecção do CERTIFICADO do aluno* e a entrega o INSTITUTO CRISTAL para que possa ser remetido ao aluno, dentro dos prazos estipulados neste Termo de Cooperação a contar do último protocolo de entrega de todos os documentos (ID37996467, p. 5 – grifou-se).

Ora, pelo que se vê, o Instituto Cristal Noroeste era responsável por todos os atos relativos à prestação dos serviços educacionais e também logísticos, desde a captação dos alunos, quanto pela coordenação pedagógica, contratação de professores, aulas ministradas e recebimento das mensalidades. O termo su-



praticado demonstra que a única responsabilidade das Universidades era de fato o *fornecimento do respectivo diploma ao aluno*.

Dentre os diplomas e históricos escolares apresentados destaca-se o de Juliana Aparecida Cândida de Moraes de Paula.

Um deles expedido pela UNIJALES, referente a licenciatura em pedagogia, de 06/11/2017, com carga horária integralizada de 1.400 horas, com início do curso em 20/06/2015, conclusão em 10/12/2016 e colação e grau em 07/01/2017 (ID29430561, p. 7 e 29430566, p. 1).

O outro expedido pela Faculdade Itaquá, relativo à graduação em alfabetização, letramento e literatura, também de 06/11/2017 (assinado pelo diretor da instituição, Antônio Carlos de Souza), com carga horária de 460h e anotação de que o curso foi realizado em Araçatuba/SP (ID29430566, p. 6-7).

A consumidora, domiciliada em Costa Rica/MS, contudo, bem esclareceu qual era o procedimento adotados pelas entidades mencionadas:

(...) A consumidora alega que, foi informada através de panfleto (anexo) no qual apresenta e que foram distribuídos na cidade e que encontrou um em sua caixa de correio nas escolas no qual apresenta, devido ter guardado um exemplar, que o fornecedor está ministrando curso superior e de pós graduação, no caso da consumidora optou pelo curso de "APROVEITAMENTO E M SEGUNDA LICENCIATURA EM PEDAGOGIA" início do curso ocorreu em 20/06/2015 com a conclusão do curso em 10/12/2016 (18 meses), tendo como colação de grau a data de 07/01/2017 e expedição de diploma e Histórico Escolar do CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JALES (UNIJALES) em 06/11/2017, conforme documento anexo. Relata ainda que, cursou aqui na cidade de Costa Rica-MS, no Centro Catequético e os cursos eram realizados uma vez por mês e nos finais de semana, com duração de 4 horas por aula, somente faltando em duas das aulas, com professores de Cassilândia-MS e da região de Araçatuba-SP, segundo informação. Narra ainda que, fez estágio na escola do Municipal Vale do Amanhecer, em período de 300 horas, e que o curso foi ministrado através do Instituto Cristal Noroeste Ltda, do Sr. Claudio Cegar Pereira Cristal. Que se recorda que o curso seria ministrado através do Instituto Cristal Noroeste, que na época foi assinado um contrato com o mesmo e foi enviado através dos professores ao Instituto, que reteve o contrato junto com o carne de mensalidade, no qual quitou, perfazendo um valor de R\$ 6.552,00 (seis mil quinhentos e cinquenta e dois reais) e mas a matrícula no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). Que não fez nenhuma prova somente entregava os trabalhos solicitados através de E-mail e alguns aos professores do Instituto Cristal Noroeste, que não tinha FORUM de discussão e CHAT, que fez todos os trabalhos, conclui seu TCC e seu período de estágio. Se recorda que existia uma lista de presença e que assinava em todas as aulas mensais. Se recorda ainda que os alunos eram divididos em turmas, por curso sendo que a mesma cursou no período matutino a SEGUNDA LICENCIATURA EM PEDAGOGIA e no período vespertino o curso de POS GRADUAÇÃO EM ALFABETIZAÇÃO LETRAMENTO E LITERATURA. Que se recorda que na época eram ministrados os cursos de ARTES VISUAIS, HISTÓRIA E GEOGRAFIA E PEDAGOGIA e um PÓS, que sua turma era composta de 15 alunos no curso de LICENCIATURA e mais ou menos 15 no curso de PÓS citado. Que tem conhecimento que tinha outras turmas na mesma época e que conclui o curso com a mesma forma de Ensino Presencial mensal, que sabe que pelo menos umas 15/20 pessoas receberam o diploma de conclusão. Que já se



certificou da veracidade dos Diplomas, e a mesma solicitou uma Certidão junto a UNIJALES e ITAQUA, recebendo a certidão da UNIJALES que confirmou o registro junto ao MEC e aguardando o da ITAQUA que enviou um E-mail da devolutiva da solicitação com a confirmação do registro e se comprometeu a enviar uma original através de AR, referente a Pós. Relata ainda a consumidora que o que a motivou a tomar tais decisão foi que assim que chegou a seu conhecimento um processo de AÇÃO CIVIL PUBLICA (65) nº 5000200-25.2017.4.03.6007 na 1ª Vara Federal de Coxim, sendo solicitado ao prefeito Municipal de Costa Rica (doc. Anexo), informação com relação a existência de Diplomas do fornecedor no Município e outras faculdades parceiras da instituição, para que se esclareça quaisquer dúvidas fez a tal solicitação. (ID29430561, p. 4).

Do mesmo modo, oitiva de Alessandra Cristiane Gabriel no Procon:

(...) A consumidora alega que, foi informada através de panfleto (anexo) distribuído na época do curso, sem uma data estipulando início e final do curso, apresenta o referido panfleto que foram distribuídos na cidade, informa que guardou um exemplar (anexo). Relata que, no referido panfleto (anexo) o fornecedor informa todos os cursos disponíveis na época, sendo; Cursos de Extensão Cultural & Universitária/Aperfeiçoamento, com carga horária de 30h a 360 h desmembrados em até 7 Certificados, Licenciatura em Bacharel, Curso de Formação Pedagógica para Bacharel Resolução 11/97, Pós Graduação em Gestão Escolar, 1040 horas, Pós Graduação Lato Sensu, carga horária mínima 460 horas à 1.040 horas. Relata ainda e comprova que os Cursos tem uma duração entre 1 a 12 meses, e que podem fazer na sua cidade, no caso *ocorreu as aulas na cidade de Costa Rica-MS* e com reconhecimento pelo MEC. Informa a consumidora que, optou pelo curso de "LICENCIATURA E ARTES VISUAIS" *início do curso ocorreu em Janeiro de 2016 com a conclusão do curso em Junho/2017 (15 meses), totalizando 60 horas de curso, sendo uma aula por mês com duração de quatro horas*, foi informada que a expedição do diploma e Histórico Escolar, *ocorreria através do CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JALES (UNIJALES)* onde foi enviado todos os documentos solicitados. Inclusive os trabalhos e TCC. Relata ainda que, cursou aqui na cidade de Costa Rica-MS, no Centro Catequético e as aulas eram realizados uma vez por mês e nos finais de semana, com duração de 4 horas por aula, participando de todas as aulas, totalizando 60 horas aula presenciais, com *professores de Cassilândia-MS e da região de Araçatuba-SP*, segundo informação. Narra ainda que, fez estágio na escola do Estadual José Ferreira da Costa, de 300 horas, e que o curso foi ministrado através do Instituto Cristal Noroeste Ltda. do Sr. Claudio Cesar Peneira Cristal, que na época a aula inaugural foi pela Prof. Marcia Buscariol. Comprova que, *na época foi assinado um contrato (CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS) (anexo), constando como CONTRATADO o INSTITUTO CRISTAL NOROESTE LTDA-ME, representado pelo Sócio/Diretor Sr. CLAUDIO CESAR PEREIRA CRISTAL*, inscrito no CPF 119.922.588-64, e foi enviado o contrato através dos professores ao Instituto, que recebeu o contrato junto com o carnê de mensalidade de nº 3037/01 à 3037/24 com parcelas no valor de R\$ R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), no qual quitou, perfazendo um valor de R\$ 6.010,00 (seis mil e dez reais) incluindo a matrícula no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). *Que não fez nenhuma prova, somente entregava os trabalhos solicitados através de E-mail e alguns aos professores do Instituto Cristal Noroeste Ltda - ME*, que não tinha FORUM de discussão e CHAT, quando ocorria alguma dúvida os ajustes ficavam a cargo da Sra. Milena, que

fez todos os trabalhos, concluiu seu TCC e seu período de estágio. Se recorda que existia uma lista de presença e que assinava em todas as aulas presenciais mensais. Se recorda ainda que, os alunos eram divididos em turmas, por curso sendo que a mesma cursou no sábado, período matutino de LICENCIATURA E ARTES VISUAIS. (...) – ID 29430320, p. 1-2, grifou-se – sic.

Além disso, os contratos firmados com os alunos era de “prestação de serviços educacionais”, firmado em nome *exclusivamente* do Instituto Cristal Noroeste.

Nesse sentido dezenas de termos de oitiva do Procon de Costa Rica e respectivos contratos e recibos juntados (ID29424228 e seguintes).

Resta claro, portanto, que a prestação de serviços não era efetuada em nome das Universidades, *mas em nome dos próprios institutos*, que somente utilizavam a UNIJALES e Faculdade Itaquá para o fornecimento do diploma, garantindo a aparente legalidade do processo.

A associação entre as entidades é demonstrada também por *folder* de divulgação dos cursos, contendo o nome tanto da Faculdade Itaquá quanto do Instituto Cristal Noroeste (ID29430337, p. 1-2).

Do mesmo modo, os boletos de pagamento constavam o nome tanto do Cristal Noroeste quanto do Instituto Friedrich Frobel Noroeste e Henry Wallon (ID29425817, p. 3 e 29424240, p. 1).

Destaca-se, outrossim, que os Institutos Cristal Noroeste, Henry Wallon e Friedrich Frobel Noroeste eram administrados todos pela mesma pessoa, qual seja, Cláudio César Pereira Cristal. Em relação a este último instituto, inclusive, há certidão da Receita Federal nos autos indicando possuir natureza jurídica de empresário individual (ID29480245, p. 3), a qual não possui personalidade jurídica dissociada da pessoa física.

Mister destacar também que entre os ressarcimentos efetuados aos consumidores, de forma administrativa, há valor pago diretamente por Cláudio César Cristal, não efetuado pela sociedade empresária (ID 37996699, p. 45), indicando confusão patrimonial e atuação direta da pessoa física, de modo que deve ser responsabilizado também pelos atos ilícitos mencionado.

*No que tange à carga horária*, do mesmo modo, *evidenciam-se irregularidades*, pois segundo a Resolução nº 2/2015 do Conselho Nacional de Educação, a carga horária para os cursos superiores de licenciatura, para educação básica terão, no mínimo, 3200 horas de efetivo trabalho acadêmico, em cursos com duração de, no mínimo, 8 semestres ou 4 anos. Ademais, quando o curso de formação pedagógica pertencer à mesma área do curso de origem a carga horária será de, no mínimo, 1.000 horas e, se de área diferente do curso de origem, no mínimo 1.400 horas.

Todavia, há indicação de que os cursos eram *fornecidos em um único ano, com aulas de duração de quatro horas, apenas uma vez ao mês, nas sextas ou sábados, a depender da escolha do aluno*, em carga horária muito inferior à exigida.

Contudo, as instituições rés, de forma a dar aparência de legalidade aos atos perpetrados, indicavam nos diplomas e histórico escolar a carga horária exigida pelo MEC, ainda que, em tese, não efetivada.

A toda evidência, a relação firmada entre aluno e o prestador de serviço educacional se caracteriza como típica relação de consumo, a incidir a proteção consumerista (arts. 2º e 3º, do CDC).

Nesse diapasão, é de se aplicar a proteção do art. 6º do CDC, a exemplo da previsão de *"informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como os riscos que apresentem"*, *"a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva"* e *"a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos"*.

Por publicidade enganosa entende-se *"qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços"* (art. 37, § 1º, do CDC).

Houve, desse modo, a prestação de ensino superior em Costa Rica/MS, na modalidade de cursos de nível superior, por entidades não credenciadas para tanto, valendo-se aparentemente da cessão de marca ou outro instrumento congênere para isso. Existiu, ainda, a oferta irregular de curso de ensino superior por meio de propaganda enganosa, pois os consumidores foram levados à falsa percepção de se tratar de curso de graduação/pós-graduação reconhecidos pelo MEC.

Nesse contexto, é de se reconhecer a aplicação solidária da responsabilidade dos réus (art. 25, § 1º, do CDC).

Ademais, as teses defensivas apresentadas pelas universidades, quanto ao desconhecimento quanto a atuação dos demais réus, os quais teriam utilizado de ardil e engodo para ludibriar a todos, bem como que os cursos ofertados poderiam ter sido ministrados pelos institutos, não prospera.

Os diplomas juntados ao feito, expedidos pelas Rés, e recebidos pelos alunos que frequentaram curso em Costa Rica, por si só, afastam ambas as teses defensivas, haja vista que demonstram a ciência pela UNIJALES e Faculdade Itaquá da oferta de cursos irregulares pelos institutos, sem a participação de seu corpo docente, bem como que estes não se tratavam de "cursos livres".

Ofício do Ministério da Educação indicou, no mesmo sentido, que a UNIJALES já foi sancionada administrativamente por conduta similar, acerca de fornecimento de curso de formação pedagógica em Artes Visuais, ofertado por entidade não credenciada localizada em Cuiabá/MT, em parceria ilegal com a universidade (ID249745365, p. 14).

Os acordos administrativos e devolução das quantias pagas a diversos alunos corroboram a prática ilegal efetivada pelos réus (ID37996697 e seguintes).

Nesse passo, devidamente comprovado que a UNIJALES e a Faculdade Itaquá ofertaram irregularmente cursos na modalidade EAD, fora de sua sede, para os quais não tinham autorização e, terceirizando a atividade acadêmica através dos demais réus (Cristal Noroeste, Henry Wallon, Instituto Friedrich Frobel e diretamente por Cláudio César Pereira Cristal). Por outro lado, estes últimos tampouco tinham qualquer autorização para ofertar cursos superiores, agindo não apenas como captadores de alunos, mas como prestadores efetivos de serviços educa-

cionais de nível superior, sendo responsáveis pela contratação direta de serviços aos discentes, contratação e escolha de professores, oferecimento das aulas e coordenação do projeto pedagógico, devendo todos responderem de forma solidária pelos danos causados.

### II.2.2 – Do dano moral

De início, é essencial conceituar dano moral e delimitar as hipóteses de reparação em razão de responsabilização civil.

O cabimento de indenização por danos morais restou indiscutível com o advento da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, incisos V e X, assegurou de forma ampla e genérica, o direito ao ressarcimento na espécie, senão vejamos:

Art. 5º (*omissis*)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

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

Segundo Flávio Tartuce, *in Manual de Direito Civil*, 5ª edição, editora Método, São Paulo, 2015, o dano moral pode ser conceituado como:

“lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais”.

Dano moral pode ser expressado, portanto, como o resultado de uma conduta ilícita ou praticada mediante abuso de direito que lesa um bem jurídico protegido pelo direito civil, causando prejuízo efetivo (ou presumível) ao patrimônio moral de pessoa física, jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ) ou de uma coletividade.

A obrigatoriedade de reparação do dano moral encontra fulcro na Constituição Federal que consagra como princípio fundamental em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, cerne axiológico de todos os direitos personalíssimos. Nos dizeres de Cavalieri Filho, “*foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu art 5º, inc. V e X, a plena reparação do dano moral*” (*in CAVALIERI FILHO, Sérgio. Visão constitucional do dano moral. Artigo disponível no endereço eletrônico <http://www.sergiocavalieri.com.br/administrativo/artigos/imagens/bbc3400a81cdf48dc136ad0157ec07ae.pdf>. Acesso em 11/03/2014*).

Os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002 reiteram a vasta proteção pretendida pela Lei Fundamental e a complementam com as seguintes prescrições:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ambos os dispositivos citados têm seu teor complementado pela norma contida no artigo 927 do mesmo diploma legal: *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

Desse modo, em demandas em que se postula o ressarcimento de danos, o primeiro passo é verificar se estão presentes, no caso concreto, os elementos constitutivos do dever de indenizar, quais sejam: (i) o ato ou a omissão ilícito(a) do requerido; (ii) o dano sofrido pelo requerente; (iii) o nexo de causalidade entre aquela conduta e a lesão enfrentada; (iv) e, finalmente, a culpa do agente (em sentido estrito ou dolo), cuja prova é dispensada nos casos de responsabilidade objetiva.

No presente caso, verifico a presença dos elementos acima, hábeis a demonstrarem a responsabilidade civil dos réus, em face das condutas adotadas, as quais ludibriam e lesaram seus discentes com cursos ministrados em Costa Rica/MS que não cumpriam as diretrizes mínimas estabelecidas pelo MEC e consequente sendo nulo os diplomas expedidos.

No que concerne ao *quantum* indenizatório, os danos morais devem corresponder à gravidade dos transtornos sofridos pela parte. Não é necessária a comprovação do sofrimento do ponto de vista subjetivo. Basta que a situação objetiva comprovada seja apta a produzir inconvenientes graves.

Além disso, os danos morais devem ser arbitrados levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, como a existência e a extensão de eventual culpa concorrente da vítima ou de terceiro, o caráter pedagógico da indenização e a capacidade financeira do responsável pelo dano.

Igualmente, para se determinar o valor da reparação a ser prestado pelas requeridas deve-se atentar para o artigo 944 do Código Civil ao preconizar que *"a indenização mede-se pela extensão do dano"*. O enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil salienta que *"O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil"*.

Nesse passo, considerando que a oferta dos cursos ocorreu sabidamente sem autorização, ensejando constrangimentos aos discentes na esfera profissional, os quais após cumprirem todas as determinações apresentadas pelos réus ao final não receberam seus diplomas, gerando prejuízos diversos, fixo o valor da indenização por danos morais em R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para cada discente lesado nos cursos ofertados pelos demandados, de forma solidária entre eles.

Sobre as quantias estipuladas deverá incidir correção monetária a partir do arbitramento e os juros de mora a partir do evento danoso (súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça), ambos calculados nos moldes da Resolução CJF n. 134/10 (Manual de Cálculos da Justiça Federal).

Os discentes que assinaram termo de acordo com os réus (ID37996697 e seguintes), conforme noticiado nos autos, deram plena e geral quitação quanto a relação travada com as referidas instituições ou que perceberam valores em ações individuais, não fazem jus a indenização pelos danos moral ou material

ora arbitrados, pois renunciaram ao direito quando da assinatura do termo ou já perceberam a indenização na demanda individual.

### *II.2.3 – Dos danos materiais*

Sabe-se que os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém.

Nesse diapasão, as instituições Rés devem ser condenadas solidariamente a devolver aos discentes lesados pelos cursos ofertados em Costa Rica/MS com irregularidades pelos réus e, que, culminaram com a nulidade do diploma expedido, o montante dispendido com taxas e mensalidades relacionados ao curso, o montante deve ser devidamente corrigido desde a data do dispêndio, calculados nos moldes da Resolução CJF n. 134/10 (Manual de Cálculos da Justiça Federal).

Os discentes que assinaram termo de acordo com os réus, nos moldes já destacados - conforme noticiado nos autos, deram plena e geral quitação quanto a relação travada com as instituições ou que perceberam valores em ações individuais, não fazem jus a indenização pelos danos moral ou material ora arbitrados, pois renunciaram ao direito quando da assinatura do termo ou já perceberam a indenização na demanda individual.

### *II.2.4 – Do dano moral coletivo*

O dano moral coletivo está previsto em diversos dispositivos legais dentro de nosso ordenamento, vejamos:

#### *Art. 1º da lei 7.347/85:*

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)

VIII - ao patrimônio público e social. (Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014)

#### *Art. 6º, VI e VII do CDC:*

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

#### *Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil, art. 944 do CC:*

A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.



A configuração do dano moral coletivo ocorre com *in re ipsa*, a própria prática ilícita, dispensando a comprovação do dano, conforme assentado pela Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 13/12/2019, no REsp 1.799.346/SP:

“os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa”.

Por conseguinte, se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade, não basta “*a mera infringência à lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo. É essencial que o ato antijurídico praticado atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais. Com efeito, para não haver o seu desvirtuamento, a banalização deve ser evitada*” (REsp 1.473.846/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 24/02/2017).

Nessa linha, José Gutemberg Gomes adverte sobre o equívoco de se confundir dano moral coletivo com danos morais sofridos individualmente por um conjunto de pessoas.

Assinala que é possível haver dano moral individual que afete um grande número de pessoas, com a mesma origem fática, sendo necessária a tutela coletiva para garantir celeridade e eficiência, contudo os bens jurídicos tutelados não serão os mesmos afetados no dano moral coletivo, que é materialmente transindividual (LACERDA, José Gutemberg Gomes. Dano moral coletivo sob perspectiva dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 113).

Ademais, o dano moral coletivo possui natureza predominantemente sancionatória, com parcela pecuniária arbitrada em prol de um fundo criado pelo art. 13 da LACP (*fluid recovery*). No caso do dano moral individual homogêneo, os valores destinam-se às vítimas, arbitrando-se condenação genérica, que será posteriormente liquidada, conforme previsto nos arts. 97 a 100 do CDC.

Nesse enfoque, no caso dos autos não constato a ofensa a direitos difusos ou transindividuais, não sendo possível reconhecer a ocorrência de dano moral coletivo, a despeito da nítida existência de afronta a direitos individuais homogêneos, tendo sido proferida condenação genérica, a ser ulteriormente liquidada, nos termos do processo coletivo.

No caso em apreço, é possível a individualização dos efeitos e também dos titulares supostamente agredidos: discentes das Rés que realizaram curso EAD e tiveram seus diplomas reconhecidos nulos, por ausência de cumprimento das diretrizes do MEC. Não há qualquer demonstração que referidos profissionais efetivamente atuaram prestando serviços de educação, com arrimo apenas nesses diplomas expedidos.

Sobre o tema vejamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS E

FATOS. SÚMULA 7/STJ. 1. A Corte a quo, com base no conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que não se configurou dano moral. É o que se extrai do trecho do acórdão recorrido *in verbis* (fls. 830-831, e-STJ): “No que diz respeito ao dano moral, é certo que para restar configurado são necessários pressupostos que não foram preenchidos, pois não evidenciada a sensação de indignação, repulsa, aflição, humilhação ou sentimento negativo da coletividade. Conquanto no dano moral não se cogite de elemento subjetivo ou prova, pois decorre do próprio fato, não é todo dano moral transindividual que dá ensejo à indenização, sendo necessário que o fato cause efetivo sofrimento coletivo, intranquilidade social e alterações relevantes na sociedade, o que não restou demonstrado na presente demanda”. 2. Logo, rever o entendimento do Tribunal de origem de que não houve sentimento negativo da sociedade com importante interferência no patrimônio coletivo, a caracterizar o dano moral, demanda reexame de fatos e provas, o que não é possível em Recurso Especial, em face do óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 1832514/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2021, DJe 04/11/2021)

Pelo exposto, não restaram preenchidos os requisitos necessários para condenação dos réus em indenização pelos danos morais coletivos.

### III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, *JULGO PROCEDENTE EM PARTE* o pedido inicial, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para:

a) *Confirmar a tutela provisória deferida na decisão de ID29758440, condenando os réus em obrigação de não fazer*, para que se abstenham de fornecer, direta ou indiretamente, ainda que por meio de contratos firmados com outras instituições de ensino, cursos superiores em desacordo com as normativas do MEC, suspendendo as atividades dos cursos já em andamento nesta situação, sob pena de multa de R\$ 1.000.000,00 por curso/turma aberta/em funcionamento irregular e suspensão das atividades;

b) *Reconhecer a nulidade de todos os diplomas expedidos pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JALES – UNIJALES e FACULDADE ITAQUÁ - UNEITAQUÁ* decorrentes de cursos ministrados em Costa Rica/MS, em parceria com os institutos CRYSTAL NOROESTE, HENRY WALLON NOROESTE, FRIEDRICH FROBEL NOROESTE e CLÁUDIO CÉSAR PEREIRA CRISTAL, por meio de EAD, sem o cumprimento das diretrizes do MEC.

c) *Condenar os réus solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais* no montante de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para cada discente lesado no curso ofertado em Costa Rica/MS sem o cumprimento das diretrizes do MEC e, que, tiveram seus diplomas considerados nulos. Sobre as quantias estipuladas deverá incidir correção monetária a partir do arbitramento e os juros de mora a partir do evento danoso (súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça), ambos calculados nos moldes da Resolução CJF n. 134/10 (Manual de Cálculos da Justiça Federal).

d) *Condenar os réus solidariamente a devolver aos discentes lesados taxas e mensalidades relacionados aos cursos ofertados* em Costa Rica/MS com irregularidades e, que, tiveram seus diplomas reconhecidos nulos. O montante deve

ser devidamente corrigido desde a data do dispêndio, calculados nos moldes da Resolução CJF n. 134/10 (Manual de Cálculos da Justiça Federal).

Os discentes que assinaram termo de acordo com os réus - conforme noticiado nos autos, deram plena e geral quitação quanto a relação travada com referida instituição ou que perceberam valores em ações individuais, não fazem jus a indenização pelos danos moral ou material ora arbitrados, pois renunciaram ao direito quando da assinatura do termo ou já perceberam a indenização na demanda individual.

Em outro vértice, *JULGO IMPROCEDENTE* o pedido, extinguindo o presente feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, quanto ao pleito de condenação em danos morais coletivos.

*No que tange ao limite territorial da sentença e aplicação do art. 16 da Lei 7.347/85*, o Supremo Tribunal Federal no RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021, Repercussão Geral – Tema 1075, Info 1012, assentou que é inconstitucional o art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997. No entanto, toda a fundamentação do pedido está adstrita aos discentes que realizaram curso na cidade de Costa Rica/MS, portanto, somente referidos alunos são atingidos pela presente sentença.

*Sem condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais*, conforme entendimento jurisprudencial reiterado do Superior Tribunal de Justiça, em razão da simetria, descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em ação civil pública, quando inexistente má-fé, tal como ocorre com a parte autora, por força da aplicação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985. (Precedentes: EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 21/8/2018; EDcl nos EDcl no AgInt no REsp 1.736.894/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1/3/2019).

Com o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos, com as cautelas legais.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Coxim/MS, data e assinatura conforme certificação eletrônica.

## **INQUÉRITO POLICIAL**

### **5004240-08.2020.4.03.6181**

Autores: POLÍCIA FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP  
Investigado: CLAUDIO JULIO BARBOSA  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP  
Juiz Federal: MÁRCIO ASSAD GUARDIA  
Disponibilização da Sentença: DJEN 23/09/2022

### **SENTENÇA**

Trata-se de inquérito policial instaurado para apuração do delito de uso de documento falso, consistente em diploma escolar de graduação no curso de Educação Física e histórico escolar, supostamente expedidos pela Universidade Universus Veritas Guarulhos - UNIVERITAS UNG, para inscrição profissional de CLAUDIO JULIO BARBOSA no Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região.

O Ministério Público Federal e o investigado celebraram acordo de não persecução penal (ANPP), nos seguintes termos:

"2.1 O COMPROMISSÁRIO se compromete a:

2.1.1 **PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA:** efetuar o pagamento de prestação pecuniária estipulada no valor de R\$ 8800,00 (oito mil e oitocentos reais) – *equivalente a oito salários mínimos vigentes na data de assinatura do presente acordo*, que será adimplida no prazo de 60 (sessenta) dias após a cientificação da homologação judicial, à conta aberta vinculada a este inquérito policial, conforme estabelecido pelo juízo de execuções penais;

2.1.2 **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE:** *por 07 (sete) horas semanais, durante o período de 01 (um) ano (pena mínima cominada ao delito diminuída da metade)*, em instituição a ser definida pelo juízo de execução (CEPEMA/SP), no município de São Paulo por opção do beneficiário manifestada neste ato, embora residente ele em Guarulhos/SP;

2.1.3. comprovar o cumprimento das condições estipuladas, dependentemente de notificação ou aviso prévio, devendo, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo;

2.1.4. informar qualquer alteração de endereço, número de telefone ou e-mail ao juízo de execução penal, durante o período de cumprimento deste acordo;

2.1.5. procurar, após 45 dias da homologação judicial, junto ao SEEU - Sistema Eletrônico de Execução Unificado da Justiça Federal, em pesquisa nominal (em nome do beneficiário) o número dado à Execução do presente Acordo, devendo o Patrono do beneficiário cadastrar-se perante o sistema SEEU no mesmo prazo, a fim de viabilizar o início do cumprimento das condições ora pactuadas. Em caso de dúvidas deverão, o beneficiário e seu advogado, entrar em contato com a Central de Penas e Medidas Alternativas da Justiça Federal de São Paulo CEPEMA (preferencialmente através do e-mail: [crimin-cepema@trf3.jus.br](mailto:crimin-cepema@trf3.jus.br) e dos telefones: (11) 2172-6835 e 2172-6833)." (fls. 50/51 do ID 55232931)

Realizada audiência nos termos do artigo 28-A, §14º, do Código de Processo Penal em 16 de agosto de 2021, este Juízo não homologou o aludido acordo por entender que os termos propostos pelo parquet e aceitos pelo investigado eram evidentemente desproporcionais e abusivos, notadamente a pena pecuniária imposta oito vezes maior do que a que seria imposta em caso de condenação.

Nesse contexto, foi determinada a remessa dos autos ao órgão ministerial para retificação da cláusula, com fulcro no artigo 28-A, §5º, do Código de Processo Penal (Termo de deliberação - ID 74229903).

O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão proferida (ID 84027156)

A decisão de ID 165889741 negou seguimento ao recurso por ser manifestamente inadmissível e determinou a remessa dos autos ao órgão superior revisional no âmbito do Ministério Público Federal (2ª Câmara de Coordenação e Revisão), nos termos do artigo 28-A, §14º do Código de Processo Penal.

Nessa toada, o Ministério Público Federal informou no ID 242764818 que apresentou correção perante a Corregedoria Regional do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Em sessão realizada em 18/08/2022, o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, por maioria, em preliminar, conheceu da correção parcial. Quanto ao mérito, por maioria, deu parcial provimento à correção parcial para determinar que este Juízo decida expressamente sobre a homologação ou recusa do acordo de não persecução penal para permitir às partes a apresentação de eventual impugnação de decisão proferida, bem como para suspender a determinação de remessa dos autos à 2ª CCR, conforme certidão de julgamento 9012562 (ID 261429983).

É a síntese necessária.

#### *FUNDAMENTO E DECIDO.*

De início, cumpre trazer à colação as normas que disciplinam o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, a fim de aprofundar o exame de seu conteúdo à luz dos postulados constitucionais e em harmonia com normas penais e processuais penais, já que referido instituto – como qualquer outro – não resta isolado do complexo normativo penal e processual penal.

Vale lembrar que se cuida norma “inspirada” de forma mambembe do direito anglo-saxão (*common law*) e cujo texto foi extraído de norma interna do Ministério Público<sup>1</sup>, que a criou com o foco exclusivo na instituição, olvidando-se da existência do ordenamento jurídico penal e processual penal no qual tencionava ingressar.

Por conseguinte, a manifesta ausência de lapidação, esmero e reflexão na elaboração do texto e na sua harmonização com o sistema jurídico pátrio, cujo modelo é de tradição romano-germânica (*civil law*), bem ainda com o próprio teor das normas penais e processuais penais – de extrato constitucional e legal – deram origem a um texto repleto de lacunas, contradições e perplexidades, que exigem do Poder Judiciário, no exercício de sua função constitucional de intérprete e aplicador final da lei, uma análise percuciente para delinear precisamente os

1 Norma inconstitucional, que pretendeu legislar sobre direito processual penal, usurpando competência do Congresso Nacional (art. 22, I, c.c art.49, CF).

contornos do instituto de molde a coaduná-lo ao ordenamento jurídico penal e processual penal.

Cumpra obtemperar, por oportuno, que o acordo de não persecução penal, como instituto despenalizador, é bem-vindo ao sistema e tem produzido ótimos resultados, haja vista que, na experiência deste juízo, a regra é a utilização do instituto de forma irretocável pelo Ministério Público Federal, em plena observância à legalidade e à proporcionalidade, em manifestações devidamente fundamentadas quanto aos critérios utilizados. Assim, os defeitos da legislação permanecem inertes. Em contraposição, quando referida observância à ordem legal não ocorre, exsurtem os inúmeros problemas.

Posto isso, dispõe o art. 28-A<sup>2</sup> do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - *prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços*, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - *pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

2 Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019.



§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual *o juiz deverá verificar a sua voluntariedade*, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, *e sua legalidade*.

§ 5º *Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.*

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá *recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.*

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (grifei)

Do exame percuciente das normas reproduzidas acima, identifica-se com clareza os *requisitos legais* para a validade do acordo de não persecução penal, a saber: I - voluntariedade do investigado; II – legalidade (*lato sensu*), que se desdobra em: legalidade *stricto sensu*<sup>3</sup>; (ii) adequação; (iii) não-abusividade (proporcionalidade); (iv) suficiência.

Nessa vereda, transparece à obviedade que a inobservância, o desrespeito, a afronta a qualquer um desses *requisitos* estabelecidos *pela lei* maculam o acordo de não persecução penal, de sorte a torná-lo espúrio, ilegítimo, à margem da lei e, por conseguinte, inidôneo a obter chancela jurisdicional.

Trata-se, pois, de imposição legal limitativa que o órgão ministerial tem o *dever* de respeitar, sob pena de ilegalidade de seus atos, vale dizer, a lei delineou

3 Apenas com finalidade expositiva e didática, a legalidade em sentido amplo concerne ao ordenamento penal e processual penal com um todo, ao passo que a legalidade em sentido estrito toca às normas do instituto em si, previstas no art. 28-A do CPP.

o âmbito de discricionariedade do *parquet*, estabelecendo-lhe as fronteiras de atuação legítima, cujo trespasse implica arbítrio, inexoravelmente.

Assim, exsurge o papel do Poder Judiciário, a quem a lei atribui o poder-dever de *controle de legalidade* do acordo de não persecução penal, com o escopo de garantir o cumprimento dos requisitos legais, expurgando aspectos abusivos, arbitrários e ilegais do acordo.

Postas as premissas iniciais, passo a perscrutar cada um dos requisitos legais.

*I - Voluntariedade. A falácia sobre o caráter "negocial" do ANPP.*

Verdade seja, impende trazer à lume o contexto da celebração do acordo de não persecução penal, suas premissas e consequências, de sorte a rechaçar veementemente a falácia que se propala acerca de sua natureza meramente negocial e ressaltar a incontrastável vulnerabilidade do investigado na situação. Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, uma negociação *real* pressupõe algum grau de equilíbrio entre as partes ou, ao menos um desequilíbrio relativo, no qual a parte predominante possua efetivo *interesse* em obter algo, mediante *cessão* de algo diverso e, assim, evitar um determinado *ônus* ou o litígio judicial, assim como a parte débil. Ademais, o *objeto* de uma real negociação, consiste na disputa de um *interesse* comum, sendo que desta disputa poderá resultar revés a uma ou a outra parte. Por fim, não há falar-se em negociação, quando o *interesse* envolvido na disputa é a *liberdade* de alguém, ainda que de forma mediata.

Transparece à obviedade que *não* existe caráter meramente negocial no acordo de não persecução penal, uma vez que o investigado - parte vulnerável - não possui poder algum de negociação; é o Estado (presentado pelo órgão ministerial) que impõe suas condições ao indivíduo (razão pela qual tem o *dever* de cingir-se aos limites legais).

Outrossim, somente há *ônus* ou revés para *uma* das partes, o investigado, que deverá *submeter-se* ao acordo ou *submeter-se* à persecução penal. De outra face, não há *ônus* para o órgão acusatório, porquanto para ele a persecução penal não é *ônus*, é função institucional, sendo que abrir mão dela (propondo o acordo) longe está de ser revés; ao contrário, é benesse, já que acarreta redução de trabalho.

Além disso, a mera existência da persecução penal, por si só, acarreta revés (sanção) ao investigado, gerando inclusive apontamento em seus antecedentes durante seu curso.

Nesse contexto é que deve ser realizada a valoração da aceitação voluntária do investigado, cujo objetivo é livrar-se do sofrimento decorrente do tormentoso périplo em que consiste a persecução penal, mediante a resolução mais expedita da questão, submetendo-se de imediato à "condição" (*rectius: pena*) que lhe foi imposta. Até mesmo nos casos em que o indivíduo não possui responsabilidade penal, pode lhe ser conveniente a aceitação do acordo, haja vista que eventual absolvição ao final do litígio judicial não lhe aproveitaria o bastante, visto que não compensaria a expiação gerada pelo enfrentamento do processo penal em si.

Conclui-se, portanto, que o fato de o indivíduo manifestar vontade em aderir ao acordo de não persecução penal que encerra cláusulas ilegais ou abusivas *não*

as convola em legais, legítimas ou proporcionais, tampouco autoriza atuação do órgão ministerial além dos limites legais.

Em outras palavras, a vontade do indivíduo não tem o condão de “legalizar” a atuação do órgão ministerial, haja vista que o preenchimento do requisito da voluntariedade *não* supre a exigência de observância estrita aos demais requisitos por parte do *parquet*. Não é à toa que a lei atribui ao juiz a verificação da voluntariedade e da legalidade, que consistem em requisitos cumulativos, de modo que a presença do primeiro não é bastante para dispensar o respeito irrestrito ao segundo.

## II – Da Legalidade

Como visto, o § 4º do art. 28-A do CPP assinala que ao juiz incumbe a verificação da *legalidade* do acordo de não persecução penal, o que implica o cotejo de seu conteúdo não apenas com as normas que disciplinam o instituto no dispositivo em questão, mas também com o ordenamento jurídico penal e processual penal como um todo, à luz dos postulados constitucionais pertinentes.

Curioso notar a incongruência em se separar a verificação da legalidade, consignada no § 4º, do controle de adequação, abusividade e suficiência assinalados no § 5º, como se estes não fossem aspectos ou desdobramentos daquela, disciplinando neste último dispositivo o mecanismo de controle judicial de forma apartada dos requisitos básicos assinalados no primeiro.

Ora, a aferição da adequação, da abusividade e da suficiência das cláusulas do acordo realiza-se de forma *objetiva* em assonância com os *critérios previstos em lei*, por meio do cotejo do conteúdo do acordo com as normas do ordenamento jurídico que disciplinam a imposição de pena.

Por isso, os conceitos de adequação, abusividade e suficiência *não* concernem a aspectos discricionários da elaboração do acordo, porquanto em relação a estes últimos não há ingerência judicial, razão pela qual é de rigor estabelecer claramente aquilo que se encontra no âmbito da legalidade, cuja violação corresponde a arbítrio, daquilo que se encontra no âmbito da discricionariedade.

### (i) Legalidade *stricto sensu*

De início, no que concerne aos crimes em relação aos quais é cabível em tese a proposta de acordo de não persecução penal o caput do art. 28-A do CPP, *caput*, restringe a sua aplicação aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, sendo que o §2º estabelece outras limitações.

Por seu turno, *no que diz respeito ao conteúdo do acordo*, o supracitado dispositivo arrola as respectivas “condições” às quais o investigado deve sujeitar-se a fim de empecer o prosseguimento da persecução penal.

Impende ressaltar, por oportuno, que pouco importa se a lei utiliza eufemismo maroto para homiziar a natureza de sanção penal das “condições” ou se é clara e precisa na denominação de “pena” (v.g. art. 76 da Lei 9.0099/95), uma vez que as hipóteses ali previstas são, ontologicamente, penas, razão pela qual os próprios incisos I e II fazem remissão aos respectivos dispositivos que regulamentam as *penas* restritivas de direitos no Código Penal.

Assim, *no que concerne à prestação de serviços à comunidade*, o inciso III do art. 28-A estabelece como critério a pena mínima abstratamente cominada ao

delito, reduzida de um a dois terços, considerando-se todas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto (§ 1º).

Portanto, *violará a legalidade* o acordo que, por hipótese, contiver cláusula que proponha redução a quem de um terço ou que desconsidere uma causa de diminuição no caso concreto (v.g, arrependimento posterior, art. 16, CP), de modo a instar o controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, que tem o *dever legal* de determinar a supressão do aspecto que desrespeita a lei.

De outra face, no que tange à *prestação pecuniária*, o inciso IV assinala que esta condição (pena) ocorrerá na forma do art. 45 do Código Penal, ou seja, não inferior a um, nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. Resta evidente que, em se tratando de sanção de caráter pecuniário, é de rigor a aplicação do critério relativo à situação econômica do indivíduo (art. 60, CP).

Referido dispositivo consigna, ao final, a conjunção “ou”, de modo a conectá-lo ao dispositivo subsequente, que figura como alternativa à prestação pecuniária, consistente em “cumprir outra condição”, desde que “proporcional e compatível” com a infração penal praticada.

Como se nota, trata-se de norma aberta e desprovida de conteúdo concreto efetivo, razão pela qual a sua aplicação deve limitar-se a hipóteses hauridas analogicamente do próprio ordenamento jurídico (por exemplo, furto praticado por jovem de dezoito anos; proposta de condição correspondente à matrícula e frequência em escola, art. 101, III, Lei 8.069/90). Caso contrário, à míngua de amparo jurídico, será ilegal.

#### (ii) *adequação*

A adequação concerne à compatibilidade entre condição (pena) proposta e as circunstâncias fáticas e jurídicas do crime investigado. Assim, não há falar-se em reparação do dano (inciso I) para as hipóteses de crimes que não acarretam dano concreto aferível, como guardar moeda falsa (art. 289, §1º, CP).

Outrossim, mostra-se inadequada a hipótese de fixação exclusiva de prestação de serviços na hipótese de crime ambiental em que seja possível a reparação do dano ambiental, vale dizer, esta última é a condição adequada ao crime em tese praticado sob o prisma preventivo e restaurativo.

#### (iii) *abusividade*

A abusividade pode revelar-se em dois aspectos, a saber, abusividade na cumulatividade de condições (penas) e/ou abusividade no conteúdo de cada uma delas.

Entrementes, em qualquer caso, *o parâmetro a ser utilizado para aferição de abusividade corresponde à pena mínima abstratamente prevista ao crime*, considerando-se todas as suas circunstâncias, porquanto é o *único critério objetivo*, previsto em lei, *idôneo a guiar a proporcionalidade entre a condição (pena) a ser cumprida de imediato, independentemente de processo judicial, tanto em relação ao fato praticado, quanto no tocante à eventual pena aplicável em caso de condenação*.

Em outras palavras, a situação jurídica do investigado oriunda do acordo de não persecução penal *nunca* poderá ser mais gravosa do que aquela que seria decorrente de eventual pena decorrente de condenação judicial.

*Portanto, será sempre abusivo e, por conseguinte, ilegal, o acordo de não persecução penal que estabeleça "condições" (penas) superiores, quantitativa ou qualitativamente às que seriam eventualmente impostas em condenação judicial após o devido processo legal.*

Nessa vereda, no tocante ao primeiro aspecto, malgrado conste do art. 28-A que as condições ali previstas podem ser propostas cumulativa ou alternativamente, impende salientar que o critério para a cumulação ou alternância de condições é dado pelo ordenamento jurídico penal, mais precisamente pelo art. 44, § 2º, do CP, combinado com o critério da pena mínima inserto no inciso III do art. 28-A e § 1º, do CPP.

Destarte, para crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano, a lei limita a *uma* pena restritiva de direitos, de sorte que, em casos tais, será abusiva a cumulação de condições (penas), exceto reparação do dano quando cabível, na medida em que sujeita o investigado à situação mais gravosa do que a que ele teria em caso de condenação.

No que concerne ao conteúdo de cada condição, a abusividade revela-se na inobservância dos critérios legais para fixação da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, bem como para fixação da prestação pecuniária.

Nesta questão, não se trata de violação dos parâmetros legais explicitados nos próprios incisos III e IV do art. 28-A do CPP, consoante abordado no tópico concernente à legalidade estrita, mas no que toca ao seu detalhamento.

À guisa de exemplo, o acordo em que se estabeleça condição (pena) de prestação de serviços por prazo corretamente reduzido em um terço da pena mínima abstratamente cominada, no qual, porém, reste consignado que tal prestação se dará à razão de trinta horas semanais, mostra-se evidentemente abusivo e, consequentemente, ilegal, por afrontar o parâmetro assinalado no art. 46, § 3º, do CP.

Portanto, a abusividade sempre corresponderá a uma ilegalidade, porquanto irrefragavelmente afrontará os critérios de proporcionalidade previstos em lei, bem ainda violará o próprio escopo do acordo de não persecução penal, porque, em casos assim, não haveria espécie alguma de abdicação estatal ao seu *ius puniendi*.

#### *(iv) suficiência*

Por derradeiro, o requisito da suficiência também se relaciona aos aspectos da legalidade e proporcionalidade, porém, em sentido contrário da abusividade, vale dizer, cuida das hipóteses de desproporção nas quais as condições propostas apresentam-se excessivamente inferiores, em seu conjunto, em relação à pena mínima abstratamente prevista em lei. Outrossim, ocorreria nas hipóteses de dispensa de reparação do dano quando possível fazê-lo, aliada à ausência de cumulação de condições quando o crime a prevê, v.g., crime contra a ordem tributária em que se dispensa reparação (parcial)<sup>4</sup> do dano, bem como prestação pecuniária ou a prestação de serviços.

Importante salientar, por oportuno, que a verificação da *suficiência* consiste na única hipótese em que a atuação judicial é anômala, já que não haveria o escopo de assegurar a preservação dos direitos individuais em face do Estado.

<sup>4</sup> Parcial, já que a integral ensejaria por si só extinção de punibilidade.

### III - Controle judicial de legalidade e suas consequências

Conforme expendido acima, a *lei* outorgou ao Poder Judiciário o controle de voluntariedade e de legalidade do acordo de persecução penal realizado entre o Ministério Público e o investigado. Outrossim, restou demonstrado que o teor e os contornos desse controle são hauridos do próprio arcabouço jurídico penal e processual penal, que revela os critérios objetivos a serem utilizados para apontar os desbordes e ofensas ao ordenamento jurídico, que correspondem aos vícios de legalidade detalhados no tópico anterior.

Nessa vereda, impende asseverar que a outorga de determinada competência pela lei acarreta, *ipso facto*, a utilização dos instrumentos legais necessários ao *exercício* de tal competência, porquanto sem estes, aquela não é efetivamente exercida, tornando-se vazia.

Assim, o § 5º do art. 28-A do CPP assinala que o juiz, quando identificar que as *condições* são inadequadas, insuficientes ou abusivas, *devolverá* os autos ao Ministério Público *para que seja reformulada* a proposta de acordo, pasmese, “com a concordância do investigado”.

Por seu turno, o § 7º do mesmo artigo estabelece que o juiz poderá *recusar a homologação* à proposta de acordo que “*não atender aos requisitos legais ou* (sic) quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo”.

De plano, salta aos olhos a mixórdia redacional repleta de contrassensos, despautérios, impertinências e lacunas concernentes à inserção do instituto no ordenamento jurídico posto e sua aplicação consonante a ele. Senão, vejamos.

Como visto, o controle de legalidade consiste no exercício de poder legal por parte do Poder Judiciário, ínsita às suas funções típicas de guardião dos direitos individuais e de intérprete e aplicador da lei, razão pela qual obviamente prescinde de anuência do investigado.

Ora, compelir o órgão ministerial a atuar dentro dos limites que a lei lhe impõe *não* supõe concordância do indivíduo, haja vista que o império da lei é postulado inarredável do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º e 37, CF), de modo que nenhum órgão estatal, em nenhuma hipótese, detém a faculdade de atuar à margem da lei e praticar abusos.

Frise-se, novamente, a ululante obviedade de que o beneplácito do investigado em eventualmente sujeitar-se a ilegalidades, abusos ou inadequações não é idôneo para convolar violações ao ordenamento jurídico em atos legítimos.

Não bastasse, cuida-se de situação concernente ao direito de liberdade, cuja natureza é indisponível, na qual o indivíduo, por meio do acordo, abdica do devido processo legal instrumental e do direito à ampla defesa, sujeitando-se de imediato a penas restritivas de direitos, eufemisticamente denominadas de “condições” pelo dispositivo em comento.

Com efeito, a *finalidade da recusa* consiste em *assegurar a observância da lei e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, insertos no devido processo legal em seu aspecto material*. Por isso, impõe a inafastável atuação judicial, em sua função típica.

De outra face, no que toca ao aspecto da *insuficiência*, o dispositivo revela seu caráter circense, já que tal hipótese corresponde à situação em que as con-



dições propostas são bem mais brandas que o mínimo legal, vale dizer, segundo o dispositivo, dever-se-ia colher o beneplácito do investigado para agravar as condições que lhe foram propostas.

Repiso, por oportuno, a já apontada a incongruência em se separar a verificação da legalidade e voluntariedade, consignada no § 4º, do controle de adequação, abusividade e suficiência assinalados no § 5º, como se adequação, não-abusividade e suficiência não fossem aspectos ou desdobramentos da legalidade, haja vista que a confusão é repetida no § 7º, que se serve da conjunção alternativa “ou”, para separar a hipótese de “não atendimento aos requisitos legais” da hipótese de “não realização da adequação após a identificação da abusividade, inadequação ou insuficiência”.

Ora, a devolução dos autos pelo juiz para *que seja reformulada* a proposta por identificar abusividade, inadequação ou insuficiência do acordo alicerça-se *sempre* na inobservância aos requisitos legais, porquanto condições abusivas, inadequadas ou insuficientes desrespeitam algum critério legal objetivo, de modo que não importa se o parâmetro legal está inserido no próprio art. 28-A do CPP ou se decorre do cotejo do conteúdo do acordo com as normas do ordenamento jurídico que disciplinam a imposição de pena.

Ademais, o “não atendimento aos requisitos legais” igualmente ensejará a *devolução para reformulação* do acordo para adequá-lo aos requisitos legais, razão pela qual não há distinção nos desdobramentos, visto que as hipóteses aparentemente diversas constituem-se, essencialmente, em violação da lei.

Portanto, não há distinção de desdobramento entre as hipóteses, senão uma relação *cronológica* entre o *primeiro ato* de controle de legalidade, consiste na *devolução* para supressão da ofensa a alguma norma legal e consequente adequação aos parâmetros legais (em qualquer um de seus aspectos); e o *segundo ato* de controle de legalidade, caso não seja realizada a correção, consistente na *recusa* à homologação do acordo que encerra condições ilegais.

Nessa ordem de ideias, importa verificar as consequências da negativa de reformulação do acordo por parte do órgão ministerial em face da determinação judicial de devolução dos autos para essa adequação, visto que a lei é omissa quanto ao conteúdo da manifestação ministerial.

Entrementes, deflui logicamente do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) que há de ser uma manifestação fundamentada, na qual o órgão ministerial expõe as razões jurídicas pelas quais entende que as condições propostas são legais, adequadas, não abusivas (proporcionais) ou suficientes, haja vista que a persecução penal concerne ao direito de liberdade do indivíduo, de modo que nenhuma restrição de direitos pode ser imposta sem lastro jurídico que a ampare, porquanto o Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) não comporta ingerência na liberdade individual por meros atos de vontade do Estado detentor do *ius puniendi*.

De todo modo, a renitência na reformulação do acordo acarreta a recusa judicial à *homologação da proposta de acordo*, consoante deflui do § 7º do art. 28-A do CPP.

Antes de perscrutar o teratológico § 8º do artigo aludido retro, cumpre salientar que a lei corretamente prevê que recusa judicial à homologação do acordo

pode ser impugnada por meio de recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XXV, do CPP.

Assim, consigna a via adequada para a irresignação ministerial, a fim de viabilizar a provocação de órgão jurisdicional de superior instância para que se pronuncie acerca da legalidade do acordo. Dessa forma, poderá o órgão judicial *ad quem* decidir se o acordo preenche todos os requisitos legais e homologá-lo, ou manter a decisão que constatou a ilegalidade (abusividade ou inadequação), remanescendo o *status* ilegal da proposta de acordo.

Sucede que, paralelamente, a partir da recusa à homologação (ou de sua ratificação), o § 8º do art. 28-A do CPP convola a mixórdia redacional em ode à bizarrice, porquanto prevê que a *recusa à homologação* ensejaria a devolução dos autos para o órgão ministerial requerer novas diligências ou oferecer denúncia.

Vale dizer, a literalidade do dispositivo em comento, isolada do ordenamento jurídico, poderia ensejar a ilação de que a atuação abusiva e ilegal do órgão ministerial seria premiada com a continuidade da persecução penal em detrimento da correção da ilegalidade praticada, o que consiste numa absurdez atroz, porquanto afronta a própria noção de Direito.

Além disso, acarretaria esvaziamento e inocuidade do controle de legalidade estabelecido nos §§ 4º, 5º, 7º do mesmo artigo, bem como do próprio recurso em sentido estrito previsto no art. 581, XXV, CPP, de modo a revelar sua natureza tosca e paradoxal, que transformaria a aferição judicial de voluntariedade e legalidade do acordo em verdadeira pantomima.

Daí porque é de rigor interpretar o dispositivo de forma sistemática e teleológica, à luz dos postulados constitucionais e em assonância com as normas correlatas do ordenamento jurídico, a fim de delinear o conteúdo e alcance da norma em comento, de modo a extirpar seu aspecto obtuso.

Nessa vereda, transparece à obviedade que a recusa judicial em homologar acordo reputado ilegal por abusividade ou inadequação *nunca* poderá dar ensejo ao prosseguimento da persecução penal, haja vista que implicaria triunfo da ilegalidade e da arbitrariedade em detrimento do respeito ao ordenamento jurídico, vale dizer, estabelecer-se-ia a prevalência do arbítrio sobre o Direito.

Não bastasse isso, engendrar-se-ia situação na qual aquele que violou o ordenamento jurídico - o órgão ministerial - não sofreria sanção alguma, mantendo hígido seu direito de persecução em juízo e, conseqüentemente, restaria prestigiado por praticar ato ilegal e arbitrário, ao passo que aquele que sofreria as conseqüências da arbitrariedade - o investigado - seria sancionado com a persecução penal.

Ora, resta evidente que a consequência jurídica da afronta à ordem legal por parte do órgão ministerial jamais poderá recair sobre o investigado, submetendo-o a esdrúxula alternativa de aceitar um acordo abusivo ou sujeitar-se à persecução penal em juízo.

Ao contrário, uma vez identificada ilegalidade, abusividade ou inadequação na proposta de acordo, há de haver a sua conformação ao ordenamento jurídico, de sorte que *a renitência na sua correção acarreta óbice ao prosseguimento da persecução penal*, em virtude da ilegalidade constatada.

Assim, conquanto o dispositivo em comento aluda à hipótese de oferecimento de denúncia, tal peça acusatória há de ser inexoravelmente rejeitada, com fundamento no art. 397, inciso II, do CPP porquanto careceria de pressuposto processual negativo, a saber, oferecimento de acordo de não persecução penal, quando cabível, com *observância dos requisitos legais* (voluntariedade, legalidade, adequação, não abusividade e suficiência).

Caso contrário, a prevalência da ilegalidade e da abusividade estaria assegurada de qualquer forma, bem como implicaria extrair integralmente a força normativa dos §4º e 5º do art. 28-A do CPP, que não serviriam rigorosamente para nada.

Portanto, em face da situação de perplexidade gerada pela manutenção da situação de ilegalidade no âmbito da persecução penal, que empece tanto a homologação do acordo, quanto o prosseguimento da ação penal, é de rigor buscar no ordenamento jurídico o instrumento idôneo para solucionar a questão.

Consoante noção cediça, o *habeas corpus* é, por excelência, o instrumento hábil a *corrigir* ilegalidade ou o abuso de poder em qualquer fase da persecução penal, porquanto nela *sempre* haverá, por sua natureza, coação efetiva ou iminente à liberdade de locomoção do indivíduo.

Nessa toada, dispõe o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal: *conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*

No mesmo passo, o art. 647 do Código de Processo Penal prescreve que *dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar*.

Infere-se, por conseguinte, que a situação jurídica na qual o Poder Judiciário constata ilegalidade, abusividade ou inadequação no teor do acordo, mas órgão ministerial persiste em mantê-la, faz exsurgir todos os requisitos do supra-aludido *writ*. Senão, vejamos: (i) a *ilegalidade* exterioriza-se na violação aos limites e critérios legais para a elaboração das condições a serem impostas no acordo; (ii) o *abuso de poder* revela-se na utilização oblíqua da atribuição de elaborar o acordo de não persecução penal e da titularidade da persecução penal para impor condições mais gravosas sem fundamento, de modo a fazer sua vontade sobrepujar a lei; (iii) o *constrangimento ilegal* evidencia-se na constrição do investigado às alternativas de submissão a um acordo abusivo ou de sujeição ao périplo da persecução penal.

No que concerne à competência do juízo de primeiro grau, o artigo 108, I, "d", da Constituição Federal dispõe que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal. Portanto, não há menção alguma aos membros do Ministério Público da União.

De outra face, a alínea "a" do mesmo inciso I do art. 108 da Constituição, assinala competir aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Como se nota, os membros do Ministério Público da União são expressamente mencionados na alínea "a", ao passo que são excluídos na hipótese consignada na alínea "d".

Trata-se de silêncio eloquente da Constituição e não de lacuna constitucional. Senão, vejamos.

Na hipótese da alínea "a", a Constituição da República confere aos Juízes Federais e aos Membros do Ministério Público prerrogativa de foro no Tribunal Regional Federal, em virtude da natureza do cargo que exercem. Segundo leciona Júlio F. Mirabete, *"Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processados por órgãos superiores, de instância mais elevada"*.

Situação totalmente diversa ocorre na hipótese da alínea "d", na qual se estabelece a competência para julgamento de *habeas corpus*, haja vista que, neste caso, a determinação da competência tem por escopo assegurar a máxima efetividade da garantia constitucional supracitada (art. 5º, LXVIII, CF), bem como do direito de liberdade que esta tutela (art. 5º, XV, CF). Além disso, a norma constitucional em questão colima facilitar o acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) a fim de viabilizar a cessação imediata de eventual coação ilegal ao direito de locomoção.

De outra face, é da própria natureza da atividade jurisdicional de primeira instância o controle dos atos do membro do Ministério Público, assim como ocorre, v.g, nas hipóteses de rejeição de denúncia (art. 395, do CPP) e reconhecimento de ofício de hipóteses de extinção da punibilidade (art. 61 do CPP).

Por fim, a sentença concessiva de Habeas Corpus está sujeita ao reexame necessário (art. 574, I, do CPP), de sorte a propiciar, sempre, a revisão do ato jurisdicional por parte do tribunal competente.

Posto isso, cumpre asseverar em remate que, conquanto a situação jurídica em análise, a princípio, adviria somente após eventual confirmação da recusa por parte do órgão jurisdicional *ad quem*, no caso dos autos, o atropelo procedimental por parte do órgão ministerial, aliado ao afã de pairar sobre a lei, tornam de rigor a imediata atuação jurisdicional para assegurar a prevalência do Direito.

Uma vez expendidas exaustivamente todas as premissas acima, *passo à análise do caso concreto*.

Com efeito, em sede de audiência realizada para verificação de voluntariedade na adesão de acordo de não persecução penal, este juízo proferiu ato decisório nos termos do art. 28-A, §5º do Código de Processo Penal, uma vez que constatou ilegalidade no acordo em virtude da abusividade da cláusula referente ao valor da prestação pecuniária, razão pela qual remeteu os autos ao *parquet* para readequação.

Sucedendo que, em vez de manifestar-se fundamentadamente sobre a adequação ou não da proposta, para ulterior aferição judicial nos termos do 28-A, §7º do Código de Processo Penal, o órgão ministerial não se manifestou e interpôs prematura e aodadamente recurso em sentido estrito e, alternativamente, requereu o recebimento de denúncia, em face da decisão que apenas devolveu os autos para readequação, ainda sem recusa.

Nesse contexto, em virtude do conteúdo da manifestação ministerial e do atropelo procedimental, colhe-se que o órgão ministerial, para além de insistir em manter a cláusula abusiva, sequer se dignou a indicar fundamentadamente o critério utilizado.

Dessarte, o órgão ministerial sustenta, por via oblíqua, a inexistência de limites legais e critérios objetivos que orientam a sua atuação, de modo que, a seu talante, supõe poder engendrar, com ampla subjetividade, as condições do acordo de persecução penal que correspondem exatamente às penas restritivas de direitos previstas no Código Penal, à mercê de sua vontade criativa, sem parâmetro algum, independentemente de fundamentação e, claro, sem controle de legalidade por parte do Poder Judiciário.

No *caso em tela*, portanto, a proposta de acordo de não persecução penal *não* estabelece parâmetro algum concernente à capacidade econômica do investigado ou quanto ao fato que justifique a *elevação da prestação pecuniária em oito vezes* em relação à mínima legal e a eventual projeção de pena na hipótese de sentença condenatória, destoando sobremaneira de qualquer outra analisada por este juízo em casos idênticos.

Como visto, será sempre abusivo e, por conseguinte, ilegal, o acordo de não persecução penal que estabeleça “condições” (penas) superiores, quantitativa ou qualitativamente às que seriam eventualmente impostas em condenação judicial após o devido processo legal e, em se tratando de sanção de caráter pecuniário, é de rigor a aplicação do critério relativo à situação econômica do indivíduo (art. 60, CP).

Assim, *transparece à obviedade a abusividade da cláusula de prestação pecuniária no valor de R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais) – equivalente a oito salários mínimos vigentes na data de assinatura do acordo, uma vez que a prestação pecuniária mínima, em abstrato, corresponde a 1 (um) salário mínimo* e, no caso concreto, não há elemento distintivo algum concernente à capacidade econômica do investigado ou às circunstâncias fáticas que autorizariam a elevação, notadamente porque o crime em tese considerado - crime de uso de documento falso - não produz de dano econômico.

Com efeito em se tratando de condição equivalente à imposição de pena, é de rigor que a proposta ministerial, quando rechaçada pelo juízo em seu aspecto abusivo, seja readequada ou, *no mínimo*, retorne com manifestação na qual o órgão ministerial exponha o critério que utilizou, sob pena de contemplar-se o arbítrio em flagrante violação aos postulados constitucionais.

Ora, na persecução penal não há espaço para atos não fundamentados. De fato, a prática de atos que implicam privação ou restrição de direito de liberdade (direta ou indiretamente) supõe *obrigatoriamente* fundamentação, independentemente de previsão legal expressa, como postulado inerente ao Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, saliento que a aplicação da pena, realizada ao final de um processo com esgotamento de todo o devido processo legal, é regida por estrito balizamento e critério legal. De fato, em âmbito judicial, a pena deve ser fundamentada com base em parâmetros legais e pode ser examinada por até quatro instâncias.

Logo, resta evidente que a proposta de execução imediata de pena, que é a essência do acordo de não persecução penal, há de seguir o mesmo critério. Caso contrário, referido acordo transformar-se-ia em imposição de pena imediata, sem fundamentação e sem devido processo legal, no qual o membro ministerial atuante em primeiro grau teria um poder incontestável, que nem as turmas do Supremo Tribunal Federal possuem.

Ademais, como visto, a interpretação teleológica do arcabouço legislativo que disciplina o acordo de persecução penal conduz à inexorável ilação de que ele deve encerrar proposta que implique *redução* da pena que *em tese* seria aplicável em caso de condenação em seu conjunto, quer no tocante à prestação de serviços, quer no tocante à prestação pecuniária, podendo neste último caso haver no máximo equivalência.

Portanto, é incontestável e explicitamente abusiva cláusula de acordo que proponha pena pecuniária *oito vezes maior* do que a mínima prevista em abstrato e eventual projeção de pena em caso de condenação, notadamente porque realizada sem parâmetro legal e sem fundamentação, concebida no arbítrio do órgão ministerial.

Não bastasse, quando instado judicialmente a reformular a proposta de acordo, conforme procedimento legal, em vez de manifestar-se, insurge-se de inopino contra a *devolução* dos autos (isto é, não havia ainda recusa à homologação).

Como se nota, não houve divergência em relação ao critério apontado por este juízo, senão explícita inexistência de parâmetro algum adotado pelo órgão ministerial na formulação da proposta, razão pela qual foi incapaz de se manifestar para defender juridicamente o teor da proposta, evidenciando a ausência de fundamento.

Caso o fizesse, a manifestação retornaria ao juízo, que então consideraria os argumentos para homologar ou não o acordo, avaliando a sua juridicidade e razoabilidade. Então, dar-se-ia o passo seguinte no procedimento, a saber, a homologação do acordo ou a sua recusa, seguida da interposição de recurso. Porém, não é o que ocorre no presente caso, no qual se constata ausência de manifestação fundamentada e atropelo do procedimento recursal.

Portanto, não se trata de mera renitência em adequar o acordo (o que poderia ser legítimo ou não, mediante indicação dos fundamentos), mas sim de sustentar um poder de agir arbitrário e incontestável que encerra pretensão de atuar independentemente de base legal e de necessidade de fundamentação.

Em derradeiro, corrobora a abusividade explicitada retro o fato de que no âmbito do próprio Ministério Público Federal, a câmara revisora competente até mesmo editou orientação<sup>5</sup> na qual assinala cabimento de *arquivamento* em casos idênticos aos destes autos.

5 Orientação nº 44 "A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas no art. 62, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93, ORIENTA os membros do Ministério Público Federal com atuação na área criminal sob sua coordenação, que é cabível o arquivamento de procedimento investigatório autuado para apurar os crimes de uso de documento falso e de tentativa de estelionato em detrimento da Administração Federal direta ou indireta quando, de modo cumulativo, a falsidade tenha sido facilmente constatada por meio de contato com o emissor do documento e a conduta não tenha provocado lesão à entidade ou ao órgão ao qual o documento foi apresentado".



Nesse contexto, constato a existência de ilegalidade e abuso de poder no procedimento persecutório penal que contém proposta de acordo de não persecução penal que estabelece cláusula abusiva, violadora dos critérios legais e não fundamentada, acarretando constrangimento ilegal ao investigado, submetendo-o a acordo abusivo, o qual, vale lembrar, impõe dever de confissão, como alternativa única à sujeição à persecução penal.

Ante o exposto, não homologo o acordo ilegal e *CONCEDO de ofício*, a presente *ordem de Habeas Corpus*, nos exatos termos do disposto no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal e no artigo 654, §2º do Código de Processo Penal, para o fim de determinar o *trancamento* do procedimento investigativo criminal nº 5004240-08.2020.4.03.6181, enquanto subsistir o constrangimento ilegal, cuja cessação pressupõe adequação do acordo de não persecução penal à lei.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.C.

São Paulo, data da assinatura digital.

## **PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**

### **5001191-75.2021.4.03.6131**

Autor: MAGAZINE LUIZA S/A

Réu: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO ELETRÔNICA 04/07/2022

### **SENTENÇA**

*Vistos, em sentença.*

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, com pedido de tutela de urgência, movimentada por *MAGAZINE LUIZA S/A*, em face da *INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO*, tendo por objeto a desconstituição de ato administrativo de natureza punitiva (auto de infração e imposição de multa). Em apertada suma, sustenta a requerente que se submeteu a procedimento administrativo instaurado pelo réu (PA n. 52613.019925/2018-57), a partir do qual, pelos motivos que ali estão consignados, foi aplicada sanção pecuniária à autuada no valor de R\$ 20.000,00. Aduz que a multa sobreveio de fiscalização ocorrida em 22 de agosto de 2018, na qual se constatou que cinco (05) televisores foram expostos sem constar a etiqueta ENCE – Etiqueta Nacional de Conservação de Energia. Junta documentos.

*Medida liminar indeferida* por meio da decisão que se acha registrada sob o id n. 187124917, pp. 1-3, declarada por meio da decisão que está acostada sob o id n. 240852841, pp. 1-5, que admitiu a *suspensão do crédito fiscal*, mediante apresentação de *seguro-garantia/ fiança bancária*. Esta decisão restou fustigada pelo requerido, por meio de agravo, manejado sob a forma de instrumento, que pende de apreciação perante o *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, conforme expediente documental juntado sob o id n. 242268707.

Contestação do requerido (id n. 242384474), em que aduz preliminar de litisconsórcio passivo necessário com o IPEM-SP, e, quanto ao mérito, defendendo a legalidade/ juridicidade do ato administrativo aqui questionado, a inexistência de nulidades, abusos ou teratologias, e justificando não apenas a decisão administrativa que culminou na aplicação da multa administrativa à requerente, bem assim a sua gradação. Junta documentos.

Réplica sob o id n. 252251209.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.*

*Decido.*

A *preliminar* de litisconsórcio passivo necessário articulada pelo réu, como decorrência de que a multa aplicada é proveniente da lavratura de autos de infração resultantes da atividade fiscalizatória empregada pelo *Instituto de Pesos*

e *Medidas do Estado de São Paulo – IPEM/SP* não ostenta condições para o seu acolhimento. Ainda que, em si mesmos, os *atos materiais* de fiscalização e constatação dos fatos que substanciam a lide aqui vertente possam ter sido concretizados por autarquia delegatária do serviço público aqui em causa, é de se observar que inicial discute a legalidade/ juridicidade da sanção administrativa imposta a postulante, ato administrativo *stricto sensu*, lavrado por agente público federal, sob sua responsabilidade, que, portanto, assume a autoria do ato que se pratica sob sua esfera de responsabilidade jurídica. Basta a essa conclusão a simples inspeção visual da documentação acostada aos autos (id n. 187086961 – pp. 1-27), e que refere à fiscalização dos produtos que deu azo à penalidade ora em discussão, que demonstra que toda a atividade administrativa de apuração e valoração dos fatos, bem assim a correspondente *decisão* adotada pela Administração Pública foram praticados – *única e exclusivamente* – no âmbito do *INMETRO*, que, ao fim e ao cabo é a autoridade pública que por eles devem responder, de forma exclusiva.

Por essas tais razões, é que tenho que deva ser aceito o direcionamento da presente ação exatamente da forma como proposta pela autora. Mesmo porque, é justamente à autarquia ré – e *somente a ela* – a quem compete perceber o crédito fiscal que consta da autuação aqui adversada. Ainda que, por uma questão de *divisão interna dos trabalhos administrativos*, adotada junto ao *Poder Executivo*, o expediente referente à interessada possa tramitar por outros órgãos governamentais (entre tais, inclusive, órgãos subordinados a governos estaduais locais, como é o caso do IPEM/SP), o certo é que a decisão que corporifica lesão – ou não – ao direito subjetivo vindicado na ação é originária de autoridade administrativa que está vinculada aos quadros funcionais da autarquia aqui acionada, porque é ela a gestora desse segmento de atividades da sociedade civil.

*Mutatis mutandis*, o caso em estudo não se dissocia da problemática do *ato complexo*, no qual intervêm diversas autoridades administrativas, mas, para fins e efeitos de mandado de segurança, a autoridade coatora é aquela que, com a integração do ato pela manifestação de sua vontade, ultima o conteúdo decisório do ato jurídico impetrado pelo administrado. Com a precisão que lhe é absolutamente peculiar, ensina o emérito *Prof. VICENTE GRECO FILHO*:

“Ato complexo é aquele em que interferem vontades de vários órgãos na formação do ato que vem a ser lesivo. *O mandado deve ser proposto contra a última autoridade que, com sua vontade, integrou o ato complexo*” (g.n.).  
[*Direito Processual Civil Brasileiro*, 3º vol., 12 ed., at., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 305].

Com tais considerações, que considero plenamente aplicáveis, também aqui, à ação de conhecimento, *rejeito* a preliminar.

Dito isto, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. Os autos estão em termos de julgamento, porquanto os temas aventados em lide são de direito estrito nada havendo a esclarecer por meio de testemunhas ou peritos. É a hipótese do *art. 355, I do CPC*, razão pela qual passo ao julgamento do mérito do pedido inicial.

É desenganadamente improcedente a pretensão inicial.

E isto porque, *em primeiro lugar*, de nulidade da decisão impugnada por ausência de fundamentação não se há de cogitar. Na linha daquilo que já se observava alhures a pretensão ora devolvida ao crivo do Poder Judiciário foi objeto de análise específica junto à agência ré, em procedimento administrativo regularmente instaurado, e que conclui em sentido contrário à postulação da parte autora. Nesse particular, compete esclarecer que a análise criteriosa do procedimento aqui em causa não demonstra a incursão por qualquer nulidade, em especial naquilo que se refere à alegada ausência de fundamentação das decisões administrativas adotadas no âmbito daquele procedimento. Ainda que a parte postulante possa não concordar, pelo tema de fundo, com as razões expedidas pela autoridade administrativa, a simples análise do conteúdo do processo administrativo aqui em causa desmente a asserção de que as decisões não estejam fundamentadas em *motivos suficientemente claros e objetivos, que foram esclarecidos à parte requerente durante o curso do procedimento*, com oportunidade para o oferecimento de defesa administrativa por parte da sindicada, faculdade de que mesma se valeu nos momentos adequados.

É clara a manifestação dos agentes públicos encarregados da avaliação da autuação aqui imposta à parte promovente, no sentido de explicitar os fatos e os fundamentos legais a eles aplicáveis, segundo o entendimento da ré. Nesse passo, transcrevo trecho do processo administrativo aqui em comento, aliás, posto em destaque na própria petição inicial (PA n. 52613.019925/2018-57/ INMETRO, cf. id n. 187086571 – p. 5):

“O autuado comercializava televisor sem a etiqueta ENCE, o que constitui infração ao disposto nos artigos 1º e 5º da Lei 9.933/99, c/c artigo 3º da Portaria Inmetro 563/2014.

A legislação *supra* mencionada traz todos os elementos essenciais à aplicação da penalidade e define como infração o desrespeito aos seus dispositivos e às normas regulamentares expedidas pelo INMETRO, *caracterizando como infrator todo aquele que desrespeita a legislação, definindo, ainda, quais penalidades aplicáveis, inclusive estabelecendo valor máximo em caso de aplicação de multa*. A infração atribuída à infratora, prática comprovada pelas Notificações, trata de nítido desrespeito às normas legais e regulamentares expedidas pelo INMETRO e Lei Federal 9933/99.

(...)

Salienta-se que a autuada deve fiscalizar constantemente a produção e/ou a comercialização de suas mercadorias, para que não venha a comercializá-las em desacordo com a legislação vigente.

*A emissão do auto de infração é clara inteligível e obedeceu aos requisitos estabelecidos no Art. 7º do Regulamento Administrativo baixado pela Resolução CONMETRO nº. 08/06, limitando-se, ainda, a legislação metrológica”* (g.n.).

Foram exatamente estes – de forma perfeitamente esclarecida à parte postulante – os motivos declinados pelo INMETRO para justificar a recusa à defesa administrativa formulada pela ora postulante. Não se há, portanto, nem mesmo em tese, cogitar de nulidade por ausência de fundamentação. O inconformismo da parte com as conclusões adotadas pela Administração Pública não implica a

sua nulidade, ainda mais quando a fundamentação que a parte alega inexistente ou insuficiente está prestada de forma idônea.

Nesse contexto, diga-se que as alegações de que a empresa aqui embar-gante, *verbis*: "(...) atua no ramo do varejo, comercializando uma infinidade de produtos em suas lojas, expondo um número mínimo de 1.000 (hum mil) produtos no salão de vendas de cada filial"; que "(...) dentre os 1.000 (hum mil) produtos expostos, o fiscal identificou apenas 01 (uma) irregularidade em 05 (cinco) produtos"; e, finalmente que "(...) os produtos registrados no Auto de Infração foram uma clara exceção dentre as diversas mercadorias analisadas rotineiramente na loja", não apenas *não desqualificam* o ato de autoridade aqui questionado, como, antes, parecem *confirmá-lo*. Se a própria autuada reconhece que, do universo de equipamentos que comercializa no âmbito de suas lojas, apenas 5 foram surpreen-didos em situação de irregularidade, *confessa* que, de fato, em relação a estas peças, efetivamente, não houve, especificamente, a observância à legislação de regência, o que leva à conclusão de que, de fato, estavam presentes os requisi-tos ensejadores para a aplicação da penalidade administrativa, certeza essa que não restou infirmada no curso do contraditório plasmado no âmbito do presente processo judicial.

Por este motivo, portanto, não há qualquer glosa que se mostre possível em relação à decisão administrativa aqui objurgada, razão pela qual é de ser mantida, irretocada, em seus ulteriores termos.

#### **DA MULTA APLICADA. CONFISCO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.**

A aplicação da multa tem fundamento justamente na prática – que, nesse caso, é confessada pelo próprio autuado – de transgressões de ordem adminis-trativa que se enquadram na legislação pertinente, nos termos do *art. 8º, II da Lei n. 9.933/99*, razão pela qual, somente a partir disso, não há como acatar o argumento de que a sanção tenha sido imposta exclusivamente com base em ato normativo infra-legal.

E não se vislumbra, no caso concreto, quanto ao percentual adotado, qual-quer abuso ou ilegalidade que mereçam correção.

E isto porque, *em primeiro lugar*, segundo vêm decidindo os tribunais pá-trios, a multa imposta em razão de configuração de ilícitos de natureza adminis-trativa – como é o caso –, por se tratar de *penalidade de caráter administrativo*, não se sujeita às limitações e condicionantes próprios dos tributos em geral, tais como a vedação ao confisco ou o respeito ao princípio da anterioridade tributária. Nesse sentido, arrola precedentes: *Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 973315, Processo: 2003.61.82.020344-2, UF: SP, Órgão Julgador: 2ª T., Data da Decisão: 06/09/2005; Origem: TRI-BUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 475981, Processo: 1999.03.99.028887-5, UF: SP Orgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da Deci-são: 24/01/2006.*

*Em segundo lugar*, é de se verificar que, no caso concreto, a majoração do percentual aplicado à penalidade está satisfatoriamente justificada pela autori-dade administrativa, uma vez que se trata de autuado que ostenta *antecedentes desfavoráveis* (cf. id n. 242384474 – p. 13), *reincidente*, consoante se extrai dos termos em que avaliados os antecedentes da autuada para fins e efeitos de gra-

dação da multa administrativa que lhe foi imposta pelo ato administrativo aqui em causa. De efeito, extrai-se, no ponto, da mui bem lançada fundamentação do extenso procedimento administrativo que considerou subsistente o auto de infração lavrado em face da ora promovente, que a autoridade administrativa sopesou, à luz da reiteração das condutas infracionais expostas, a gravidade da infração, o prejuízo causado ao mercado consumidor, bem assim a repercussão social que a transgressão representa, dada a ampla atuação do autuado na região. E, especificamente no que concerne ao estado de *reincidência* da autuada, ficou expressamente consignado na apreciação administrativa respeitante ao caso concreto aqui em estudo, o seguinte, *verbis* [id n. 187086961 – 23]:

“Tal situação *torna-se ainda mais séria porque a autuada é reincidente*, o que vem constituir-se em elemento agravante à penalidade, na forma do art. 9º, parágrafo 2º, da Lei 9.933/99.” (g.n.).

Para, mais adiante, se concluir que, *verbis* [id n. 187086961 – p. 24]:

“Em suas razões de defesa não repele o ilícito praticado, mas procura justificá-lo com razões de ordem técnica ou particular, o que, por si só vem a confirmar a correta autuação.

*Considera-se para aplicação da penalidade a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator, seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, bem como o convencimento formado mediante os elementos constantes dos autos*, conforme § 1º do Art. 9º da Lei 9933/99 c/c Resolução CONMETRO nº. 08/06.

Para a aplicação da penalidade, deverão ser obedecidos os limites dos valores estabelecidos no art. 9º, caput, da Lei nº 9933/1999, considerando-se as diretrizes definidas nos parágrafos primeiro, segundo e terceiro, assim como aquelas previstas no art. 20 do Regulamento Administrativo aprovado pela Resolução CONMETRO nº 08/2006” (g.n.).

Mesmo porque, necessário mencionar que a majoração da multa em patamares superiores ao valor mínimo, além de justificada, deriva da medida de natureza corretiva, levando-se consideração a condição econômica do infrator, dado o seu vultuoso capital social, cumulado com a avaliação de seus antecedentes. Nesses casos (sobretudo de *reincidência* do autuado), vem se orientando a jurisprudência no sentido de que nem mesmo a penalidade de suspensão total de atividades se afigura desproporcional ou abusiva a exigir correção por meio da intervenção judicial. Nesse sentido, indico precedente do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*:

*ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). PODER DE POLÍCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. REGISTRO DE ANÁLISE DA QUALIDADE. RESOLUÇÃO ANP N.º 09/2007. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ART. 3º, IV, DA LEI N.º 9.847/1999. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EXCESSO INEXISTENTE. RETROAÇÃO BENÉFICA INAPLICÁVEL.*

“1. Inaplicável o Decreto n.º 70.235/72, porquanto tal dispositivo disciplina tão



somente os processos administrativos fiscais, havendo, *in casu*, legislação específica, qual seja, o Decreto n.º 2.953/99, que dispõe sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo.

2. A Agência Nacional do Petróleo (ANP) foi criada, nos termos da Lei n.º 9.478/97, com o objetivo de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, não havendo que se falar, portanto, em ausência de competência legal para fiscalizar e aplicar penalidades.

3. No caso vertente, foi lavrado, em 20/10/2010, pelo agente fiscal da Agência Nacional do Petróleo (ANP), o Auto de Infração n.º 068.310.10.34.340668, com aplicação das penas de multa e de suspensão temporária, em razão do não preenchimento dos registros de análises da qualidade, no período de 1º/05/2010 e 20/10/2010, nos termos do disposto art. 3º, §§ 1º, 2º e 4º da Resolução ANP n.º 09/2007.

4. É dever do posto revendedor coletar amostras do caminhão tanque em todos os seus compartimentos, realizando análises e procedendo à anotação dos resultados em formulário denominado “registro de análise da qualidade”, sob pena de se tornar o único responsável pela qualidade informada pelo distribuidor do produto.

5. Contudo, por ocasião da diligência realizada em 20/10/2010, a apelante deixou de apresentar os aludidos documentos, não restando alternativa ao agente fiscal daquela autarquia a não ser lavrar o correspondente auto de infração.

6. *A multa aplicada derivou da existência de infração ao art. 3º, IV e art. 4º da Lei n.º 9.847/99, de modo que a autoridade, pautando-se em sua discricionariedade, respeitou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto, uma vez que adotou o valor de R\$ 6.500,00, fixando o valor mínimo de R\$ 5.000,00, o qual foi majorado em 30% em razão da reincidência da apelante, tendo sido cumprida, dessa forma, a almejada função pedagógica e punitiva esperada dessa espécie de pena, sem que se possa falar em exorbitância da pena.*

7. *O auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, não logrando a apelante produzir provas suficientes para elidir referida presunção.*

8. *Quanto à aplicação da pena de suspensão temporária de funcionamento pelo prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 8º, II, § 1º da Lei n.º 9.847/99, restou comprovado que a apelante respondeu aos processos administrativos, por infração à Lei n.º 9.847/99, n.º 48621.000584/2002-11 (transitado em julgado em 29/04/2006), n.º 48621.000395/2008-25 (transitado em julgado em 07/08/2009) e n.º 48621.000166/2008-19 (transitado em julgado em 10/02/2010), de forma que a infração prevista no presente processo administrativo n.º 48621.000732/2010-07 constitui segunda reincidência.*

9. Nem se alegue que a Resolução ANP n.º 08, editada em 17 de fevereiro de 2012, alterou o critério temporal a ser adotado para fins de reincidência, porquanto, em se tratando de multa de natureza administrativa, não tem aplicação a regra da retroatividade benéfica prevista no art. 106 do CTN, ou mesmo a retroatividade prevista em sede constitucional, que está adstrita à matéria penal, conforme redação do art. 5º, XL, apresentando-se, portanto, válida a autuação lavrada, com base nos dispositivos vigentes à época dos fatos.

10. *Apelação improvida” (g.n.).*

*[AC 00016982020124036105, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2014].*

Ora, se nem mesmo a adoção da medida extrema de *suspensão das atividades* se mostra abusiva ou desproporcional – considerada a situação de *reiteração* quanto à prática de infrações pelo autuado – com muito mais razão ainda está justificada a medida, sensivelmente mais branda, de simples majoração do percentual aplicado para a multa administrativa. Observe-se, ainda quanto a este particular, que, na consecução do procedimento administrativo de constituição do crédito fiscal, concluiu-se que a majoração tinha fundamento legal, com amparo na legislação pertinente ao tema e levada ao conhecimento da interessada, que teve ampla possibilidade de impugnação. Mesmo porque já se concluiu que a autuação administrativa de que se lastima a exordial decorreu de procedimento administrativo regularmente instaurado entre as partes, com a notificação tempestiva do interessado para a apresentação das defesas cabíveis, bem assim a natureza e a gradação das sanções impostas.

Nessas condições, é necessário dizer, por fim, que a matéria aventada na inicial desses embargos resvala o *conteúdo meritório do ato administrativo* exarado pela autoridade fiscalizadora, no que impugna, por argumentos exclusivamente associados à razoabilidade e proporcionalidade das sanções impostas, a decisão da administração relativa à gradação das penalidades impostas à requerente, com as quais esta não se põe de acordo.

Aqui, orienta-se a jurisprudência nacional no sentido de que não seria dado ao Judiciário se imiscuir nos critérios administrativos de mérito que levaram a autoridade administrativa a aplicar esta ou aquela modalidade de penalidade, previamente prevista para uma dada conduta ilegal, ou ambas, cumulativamente. No ponto, vale lembrar que os influxos doutrinários inovadores que orientaram o conhecido '*intervencionismo judicial*' no âmago meritório do ato administrativo, já, desde *GEORGES VEDEL*, o limitam àquelas questões em que as escolhas da Administração Pública – por seus agentes diretos ou não – mostram-se evidentemente desarrazoadas ou desproporcionais. Fora disso, a intervenção jurisdicional é ilegítima e não poderá ser efetivada, pena de usurpação de função que – por lei – é reservada a outra esfera de atividade do Estado. Abona essa posição, o magistério incomparável da emérita *MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO*, Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quando, pontificando sobre discricionariedade e controle dos atos administrativos, diz:

"Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário (cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, in RDP 65/27-38; Lúcia Valle Figueiredo, 1986, 120-135; Regina Helena Costa, 1988: 79-108)". [Direito Administrativo, 15 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 212].

No caso dos autos, devidamente justificada a exasperação do patamar da multa administrativa aplicada pela autoridade fiscalizadora, sobretudo em razão da situação de *reincidência* da requerente, não há como reconhecer qualquer abuso de

poder, ilegalidade ou teratologia praticada pela Administração a autorizar – dentro de um ponto de vista técnico jurídico – a intervenção no mérito pelo Poder Judiciário Federal. Tudo, enfim, a corroborar uma séria corrente jurisprudencial que, em casos que tais, passou a se orientar no sentido de que, sendo o percentual da multa previsto em lei, não é dado ao Judiciário modificá-lo a pretexto de ser elevado, abusivo ou confiscatório. Nesse sentido: *TRIBUNAL – TERCEIRA REGIÃO, Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 850063, Processo: 2001.61.82.004996-1UF: SP, Orgão Julgador: 2ª T., Data da Decisão: 10/08/2004.*

Ociosos mencionar, por outro lado, que, tendo em vista a natureza da relação jurídica aqui estabelecida entre as partes, se mostra totalmente írrita qualquer pretensão no sentido de a ela aplicar as regras pertinentes às cláusulas penais do Direito Privado (Código Civil e/ ou Código de Defesa do Consumidor).

Assim, seja porque a redução do patamar da multa fiscal, no caso concreto, é tema infenso à órbita de atuação do Poder Judiciário, seja porque concretamente justificada a exasperação da penalidade ante a reincidência do autuado, seja porque, pelo percentual utilizado, não se está nem perto da situação compreendida pela doutrina como capaz de configurar confisco, nada autoriza a alteração do patamar da multa aplicada, que deve ser mantida intacta, da forma como lançada.

#### *DA SUSPENSÃO DO CRÉDITO. SEGURO-GARANTIA. FIANÇA BANCÁRIA*

Por fim, e atenção à provocação expressa formulada pelo requerido (id's n. 242268707 e n. 250158486), consigne-se que viável, no caso – e, nesse sentido, a decisão prolatada sob o id n. 240852841 –, a suspensão de exigibilidade do crédito fiscal de natureza não-tributária aqui em análise a partir do depósito integral, nos autos, por conta em risco da própria parte, do montante integral do débito aqui adversado, ou apresentação da fiança bancária ou seguro garantia judicial, acrescido de trinta por cento, nos moldes previstos no *art. 151, II do CTN c/c o art. 835, § 2º do CPC c.c. o art. 9º, § 3º da LEF – Lei n. 6.830/80*, na forma do precedente firmado pelo *C. STJ* no âmbito do *REsp n. 1.381.254*, Rel. *Min. Napoleão Nunes Maia Filho*, em razão da reconhecida liquidez de tais modalidades de garantia. Se o requerido entende que a garantia apresentada pela postulante *não* cobre a integralidade do crédito adversado em lide, ou não se encontra de acordo com a decisão adotada no precedente indicado, deverá tomar as providências que entender cabíveis, diretamente no âmbito administrativo, com relação ao montante que se encontra a descoberto, até porque a decisão expressamente ressalva que a prestação da garantia se dará, *verbis*: “*por conta e risco da própria parte*” apresentante. Circunstância que, entretanto, não implica se deva recusar a garantia integralmente. Por tais razões, *indefiro* o pedido de reconsideração articulado pelo requerido, e o faço para ratificar a decisão aqui proferida sob o id n. 240852841.

Daí decorre, que, a despeito do resultado da lide que aqui se pronuncia, subsistem os efeitos da suspensão da exigibilidade do crédito, uma vez que – à evidência – a suspensão da eficácia do ato administrativo aqui em questão decorre do depósito integral do montante questionado nos autos, independente da plausibilidade das razões declinadas pela parte promovente.

#### *DISPOSITIVO*

*Do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC.*

Arca a autora, vencida, com as custas e despesas processuais e mais os honorários dos advogados da parte adversas, que, com fundamento no *art. 85, §§ 2º e 3º do CPC*, estipulo em 10% incidente sobre o valor atualizado da causa, à data da efetiva liquidação do débito.

*Ciência* ao Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Desembargador(a) Federal Relator(a) do agravo de instrumento aqui noticiado.

*P.I.*

BOTUCATU, 13 de junho de 2022.

## **AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **5003193-14.2021.4.03.6100**

Autores: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP  
Réu: DENIS NUNES  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP  
Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES  
Disponibilização da Sentença: DJEN 05/07/2022

### **SENTENÇA**

Vistos etc.

A Caixa Econômica Federal propôs a presente ação de improbidade administrativa contra DENIS NUNES. Determinada, por este juízo, a emenda da inicial, foi apresentada a petição de id 46375392.

Afirma, a autora, que, em 5.6.07, foi instaurado o Processo de Apuração de Responsabilidade Disciplinar e Civil de n. 0273.2007.G.000481. Este visava a apuração de fatos relativos ao saque de quotas e rendimentos do PIS 103.95701.49-7, de Alberto Hekel Tavares, ocorrido em 13.6.03. O saque, no valor de R\$ 4.557,76, não fora reconhecido pelo mesmo.

DENIS era funcionário da autora, na época, e ocupava o cargo de gerente, matrícula 250.752-0, lotado na agência Vila Maria/SP.

Esclarece, a inicial, que, após análise, constatou-se que houve autorização de pagamento das quotas de PIS a pessoa diferente do titular da conta. A autorização havia sido dada por DENIS, conforme carimbo apostado no documento de pagamento. Por meio de exame grafotécnico, verificou-se que a assinatura, aposta no documento, não era de Alberto. O valor foi entregue em dinheiro.

DENIS foi convocado para ser ouvido, mas não compareceu.

Afirma, a autora, que a conduta de DENIS, relativamente ao saque em questão, descumpriu normativos (FP 037 item 3.2.1.1), uma vez que foi efetivado pagamento sem apresentação dos documentos de identificação, com a presença do dolo e causando prejuízo à CEF. Isto porque a instituição financeira teve de restituir o valor ao cliente (R\$ 6.158,53 em 3.9.08).

Salienta, a autora, a existência de outros processos por motivo semelhante contra DENIS, nos quais ele também não prestou esclarecimentos.

Assevera ter sido praticado, pelo mesmo, ato de improbidade administrativa, previsto no art. 9º, XI, bem como no art. 10, VI e XI, e, ainda, no artigo 11, I, todos da Lei n. 8.429/92.

Pede que a ação seja julgada procedente para condena-lo a restituir o montante de R\$ 22.858,84, atualizado até 22.1.21. E, ainda, que ele seja condenado nas penas previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92.

Recebido o aditamento à inicial, foi determinada a notificação de DENIS.

DENIS manifestou-se no id 54353859. Alega, inicialmente, a prescrição. Afirma, também, não ser possível identificar, com precisão, a conduta ímproba atri-

buída a ele. Sustenta, também, que não foi apontada movimentação suspeita em sua conta corrente nem que ele tenha incorporado algum bem ao seu patrimônio ou alterado seu padrão de vida. Pede que se reconheça a prescrição ou que se julgue improcedente a ação.

Na decisão de id 54565545, foi decretada a indisponibilidade de bens móveis e imóveis do réu e determinada a citação do mesmo.

O Ministério Público Federal se manifestou no id 54811689.

Denis Nunes requereu o desbloqueio de valores, o que foi deferido (id 55178829). Foi, ainda, deferido novo desbloqueio no id 83951452.

Denis Nunes disse não ter provas a produzir (id 149990743). A CEF também disse não ter provas (id 150296616).

No id 150556950, o Ministério Público Federal manifestou interesse em assumir a titularidade da ação e requereu a futura juntada de cópia integral do Processo de Apuração de Responsabilidade Disciplinar e Civil n. 0273.2007.G.000481.

Diante da decisão proferida pelo STF, a CEF voltou a assumir a titularidade da ação e foi determinada, pelo juízo, que a mesma juntasse o processo administrativo acima referido.

Na petição de id 248235460 e seguintes, a CEF juntou o processo administrativo. Contudo, afirmou não possuir a íntegra do processo.

Foi dada vista ao réu dos documentos juntados. Este noticiou sua ciência no id 252289463.

As partes foram intimadas para a apresentação de alegações finais. Denis Nunes apresentou as suas no id 254790226. A CEF o fez no id 254888537. O MPF juntou seus memoriais no id 255264818.

É o relatório. Passo a decidir.

Em primeiro lugar, é de se ter em mente que a presente ação diz respeito, *apenas*, ao ressarcimento do dano ao erário em razão do *saque de quotas e rendimento do PIS, de Alberto Hekel Tavares*. Segundo a inicial, Denis Nunes autorizou o pagamento dos valores a pessoa diferente do titular, causando prejuízo ao mesmo, prejuízo este que teve que ser coberto pela Caixa Econômica Federal.

O que existe de prova, nos autos, é, tão somente, a reprodução do processo administrativo. Neste, ficou claro que a assinatura do documento periciado não era de Alberto. E que o carimbo apostado no documento era de Denis Nunes.

A conduta do réu consistiu, de acordo com a inicial, no descumprimento de normativos, já que o pagamento foi feito sem a apresentação de documentos de identificação.

Também, segundo a inicial, o réu teria praticado ato de improbidade, tipificado no art. 9º, XI (incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º da LIA), art. 10, VI e XI (realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular) e art. 11, I, este último revogado pela Lei n. 14.230/21.



Antes de prosseguir, teço algumas considerações sobre a possibilidade de as regras da Lei n. 14.230/21, que alteraram a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), retroagirem para beneficiar o agente público processado por ato de improbidade administrativa. Até porque, como dito, a inicial cita o artigo 11, I da Lei anterior, que foi revogado.

O artigo 11 da LIA, em sua redação original, caracterizava como atos de improbidade administrativa aqueles que atentassem contra os princípios da administração pública. O *caput* do artigo 11 terminava com as palavras “e notadamente” antes de elencar condutas específicas. Assim, bastava que se considerasse ter o agente público atentado contra os princípios para que ele pudesse ser condenado nas penas da LIA.

Mas a Lei mudou e a aplicação retroativa das alterações, no que beneficiar o réu, deve ser feita.

Na atual redação, o artigo 11 menciona os princípios da administração pública, mas especifica que condutas atentatórias a tais princípios configuram atos de improbidade administrativa. *Portanto, apenas as condutas elencadas nos incisos é que caracterizam atos de improbidade administrativa segundo a nova Lei.*

O Ministério Público Federal tem sustentado a tese de que a Lei antiga é que se aplica aos casos em que o ato foi praticado durante a sua vigência.

Ora, não é verdade.

A Constituição da República, em seu art. 5º, XL, estabelece que *a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu.*

E é assim pela simples razão de que, se determinada conduta era considerada criminosa e a sociedade, por intermédio de seus representantes do Poder Legislativo, entendeu que deveria deixar de configurar crime, verifica-se que houve uma *evolução no entendimento da matéria.*

Exemplificando, algo como o adultério, que antes era crime, com a evolução da sociedade, deixou de ser considerado ato criminoso. Ainda que moralmente reprovável, entendeu-se que a intervenção do Estado para punir a prática não era mais adequada.

O mesmo raciocínio é válido para os atos de improbidade administrativa. É que a LIA, falando de forma genérica, prevê sanções para determinados atos do agente público. E, como Lei sancionadora que é, aproxima-se, muito, das Leis penais.

Tanto isso é verdade que as garantias do processo penal, de modo geral, são observadas nas ações de improbidade. Assim, a inicial deve descrever pormenorizadamente a conduta de forma a possibilitar a mais completa defesa do réu, e daí por diante.

A conclusão é a de que a Lei agora exige que o ato que viole os princípios da administração pública esteja elencado nos incisos do artigo 11. E, no presente caso, não está.

Assim, resta verificar se foi comprovado ato de improbidade descrito no art. 9º ou 10, também elencados na inicial.

Em se comprovando que houve a prática de ato de improbidade, uma vez que a Caixa Econômica Federal arcou com o prejuízo, o réu deve proceder ao ressarcimento.

Em suas alegações finais, o digno representante do Ministério Público Federal sustenta ter ficado comprovado o ato de improbidade e o dolo de Denis Nunes. Isso porque foi ele que carimbou e assinou o documento que autorizou a operação (id 248236407, pág. 26) e o pagamento lhe foi entregue em espécie. Ainda, pelo fato de ter-se comprovado que Alberto Hekel Tavares não foi quem assinou o documento, conforme constatado pela perícia e, também, porque as empregadas da CEF, Maria Ignez de Souza e Kátia Caldas de Araújo Pereira, relataram procedimentos ilícitos realizados rotineiramente pelo réu a fim de possibilitar pagamentos indevidos.

Todavia, o conjunto probatório, aqui existente, é insuficiente para atribuir a prática dos atos de improbidade mencionados na inicial ao réu. Aliás, isso já foi reconhecido pelo próprio advogado Coordenador de Recuperação de Créditos da CEF, Toni Roberto Mendonça, (id 248237182, págs. 40 /41), no processo de apuração de responsabilidades, ao entender pela *impossibilidade de ajuizamento de ação de cobrança contra ele*.

Com efeito, o referido Coordenador, em 16.4.09, assim se manifestou:

"4 – O relatório conclusivo de fls. 77/78, conclui que o fato foi cometido com dolo pelo ex-funcionário Denis Nunes (10.2.1). Em relação às provas, a comissão afirma, ainda, que o ex-funcionário teria sido responsabilizado em outros dois processos de apuração de responsabilidade que também discutiam saque indevidos de PIA e FGTS.

5 – Nesse aspecto cabe-nos consignar que o documento de fls. 26 não é prova de que o valor tenha sido apropriado pelo ex-funcionário. A perícia apenas concluiu que a assinatura não é do contestante. *No documento não existe qualquer elemento que comprove que o valor foi recebido pelo Sr. Denis Nunes*

6 – Segundo depoimento do caixa executivo, a contrapartida do valor é um pagamento em dinheiro, ou seja, não houve uma transferência que possa ser rastreada.

7 – Não existe confissão do ex-funcionário que se negou a prestar esclarecimentos à comissão.

8 – O fato do ex-funcionário ter sido condenado em outros processos administrativos não é prova do fato ora discutido.

9 – *Analizando os documentos apresentados concluímos pela impossibilidade de ajuizamento de ação judicial para cobrança do valor, posto não existir prova de que o fato tenha sido cometido pelo ex-funcionário.*

..."

(Sublinhei)

De fato, para a configuração do ato de improbidade, descrito no inciso XI, do art. 9º da LIA, deve haver *incorporação ao patrimônio do ímprobo de bens, rendas etc.* E, no caso, não se comprovou tal incorporação. Os incisos do art. 10, mencionados na inicial, VI e XI, preveem a realização de *operação financeira e liberação de verba pública*. Ora, não se trata, rigorosamente, no caso em exame, de operação financeira, no sentido utilizado no dispositivo legal, já que este menciona, também, aceitação de garantia. Trata-se, à toda evidência, de operação financeira num sentido mais específico. Já o outro inciso fala em liberação de verba pública, o que também não se aplica, já que foram liberados os valores do PIS e do FGTS de *Alberto Hekel Tavares* e não verba pública.

Além de tudo isso, a prova apresentada nos autos, isto é, o processo administrativo, é demasiado fraca para levar à caracterização do ato de improbidade administrativa. No referido processo, a testemunha Maria Ignez de Souza (id 248237163, pág. 5) disse ser costume do gerente Denis Nunes levar ao caixa os documentos já assinados pelo cliente e vistados por ele, porque era gerente e *era comum esse atendimento diferenciado*. Já a testemunha Kátia (mesmo id, págs. 27/26), disse que o gerente Valdecir foi substituído por Denis e que a agência Vila Maria *"foi dividida em antes de Denis e depois de Denis. Antes todas as coisas sem problema e documentações em ordem e depois do Denis as coisas foram feitas de forma irregular. Senhas? R têm sigilo, eu ficava no at geral e acontecia que tanto eu quanto outro colega que se chamava Eduardo, tivemos a senha clonada. Nós ficávamos perto do Denis e percebemos que ele copiava nossa senha ao digitar. Inclusive, houve casos de liberação irregular de pis e fundo de garantia tanto meu quanto do Eduardo e que o modus operandi foi o mesmo, ele ficava próximo, copiou ou memorizou nossa senha e utilizou posteriormente sem o nosso consentimento..."* Mencionou também um dr. Silvestre.

*Em nenhum momento do depoimento, Kátia trata do caso concreto aqui discutido.*

Ainda que seja possível que Denis Nunes tenha, de fato, praticado, até rotineiramente, atos de improbidade, o certo é *que o ato descrito neste feito, que o sujeitaria ao ressarcimento à CEF, não ficou comprovado*. Ou seja, não ficou comprovado que ele se apoderou do dinheiro que pertencia a Alberto Hekel. E também não foi tipificado nenhum dos outros atos de improbidade mencionados na inicial.

*Com a alteração da Lei de Improbidade Administrativa, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa. E não foi comprovado que Denis Nunes tenha agido com dolo no caso da liberação dos valores de Alberto Hekel para outra pessoa.*

Assim, não tendo ficado comprovada a prática do ato de improbidade, descrito na inicial, não há como se julgar procedente a ação para determinar o ressarcimento, pelo réu, ao erário.

*Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE a presente ação.*

*Em consequência, determino o levantamento da indisponibilidade dos bens de Denis Nunes, revogando a ordem anteriormente dada.*

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

São Paulo, 4 de julho de 2.022.

## PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

### 5001395-24.2022.4.03.6313

Autora: C.C.O.

Representante: PAULO CESAR DE JESUS OLIVEIRA

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª Vara Gabinete DO JEF de Caraguatatuba - SP

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO ELETRÔNICA 06/09/2022

### DECISÃO

#### I - RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por C.C.O., brasileira, menor impúbere, em face do UNIÃO FEDERAL, com pedido de tutela antecipada DE URGÊNCIA, objetivando *"a imediata disponibilização do medicamento PURODIOL 50MG [derivado do Canabidiol] com aplicação de 1ml a cada 08 (oito horas) de uso contínuo, visando desta forma diminuir o quadro de convulsões sofridas pela autora;"*, mediante fixação de multa-diária, ou, *"em caso de não fornecimento do medicamento, que seja penhorado o valor mensal do tratamento do medicamento"*.

Ao final, pede pela condenação da "UNIÃO, na obrigação de fazer objeto desta ação, para que seja concedido com urgência o remédio da Autora, por intermédio do Sistema Único de Saúde ou de entidade particular, com todas as despesas custeadas pelos Réus, sob pena de aplicação das sanções processuais cabíveis e fixação de multa diária por descumprimento".

Aduz, em síntese, que *"conforme se verifica do laudo médico, a Autora apresenta diagnóstico de síndrome Síndrome de Aicardi-Goutières", sendo que "a Autora sofre diversas convulsões ao dia, o que leva a mesma, a um estado de extrema dor e desconforto" e "continua tomando remédios de uso contínuo para que eles não agravem e possa ter uma melhor condição de vida"*.

Narra que *"foi prescrito a mesma, o uso do medicamento denominado medicamento PURODIOL 50MG, este derivado do Canabidiol. Tal medicamento, é de alto custo, e por não estar regulamentado pela ANVISA até o presente momento, não é disponibilizado pela rede municipal ou estadual de saúde", e, "conforme a prescrição médica, o medicamento é de uso contínuo, e visa diminuir a série de convulsões diárias sofridas pela autora"*.

Todavia, segundo a petição inicial, *"O custo aproximado do medicamento, é de R\$ 1.350,00 (mil trezentos e cinquenta reais) o frasco com 30 ML, podendo variar de acordo com o fornecedor, tendo em vista, que se trata de um medicamento importado, não havendo qualquer medicamento similar produzido no Brasil", e, conforme prescrição médica "mensalmente serão necessários 90 ml do medicamento, o que corresponde a 03 (três) frascos mensais, o que totalizaria um custo aproximado de R\$ 4.050,00 (quatro mil e cinquenta reais)."*.

A inicial faz referência ao *"direito à vida", à "garantia do direito à saúde", sendo que sustenta que a menor autora de 1 (um) ano "faz jus ao recebimento do fármaco prescrito para lhe dar sobrevida e combater a doença que a acomete."*.

Foram juntados procuração e documentos, com pedido de justiça gratuita.

*É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.*

## II - FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O presente pedido é modalidade de *tutela de urgência* e seu eventual deferimento condiciona-se ao preenchimento de dois *requisitos*: a) a *probabilidade do direito* invocado (*fumus boni iuris*); b) o *perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo* (*periculum in mora*).

Ante a *vigência* no *Código de Processo Civil* a partir da *Lei nº 13.105, de 16/03/2015*, impõe-se sua observância nos seguintes termos:

*“Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.*

*Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.*

*(...)*

*Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória*

*(...)*

*Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*

*§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (Grifo nosso).*

Assim, nos termos do art. 300, do novo *Código de Processo Civil*, para a concessão da *tutela de urgência* ora pleiteada, exige-se a presença de certos *requisitos legais*, quais sejam: (i) *“elementos que evidenciem a probabilidade do direito”* alegado (*“fumus boni iuris”*); (ii) o *“perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”* ante o transcurso do tempo (*“periculum in mora”*), bem como (iii) a *ausência* de *“perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”*.

Ou seja, para a apreciação do pedido de tutela de urgência, cabe analisar a presença ou não dos *requisitos legais*.

Com efeito, consta dos *documentos* que instruem o conjunto probatório dos autos, a partir dos *Receituários Médicos* de 22/12/21, 11/04/22, todos do médico Dr. Alexandre Serafim (*Neuropediatria – CRM/SP 63.815 – Departamento de Saúde – Secretaria Municipal de Saúde de Taubaté – Policlínica Infantil*), informações no sentido de a *menor autora* ser portadora de *“Encefalopatia Epilepsia Severa, decorrente de má formação cerebral, sendo dependente de suas necessidades”*, e *“Epilepsia Severa de Infância, decorrente da Síndrome de Aicardi”*, com apontamento das patologias *“Epilepsia” (CID10 – G40.0)* e *“Paralisia cerebral” (CID10 – G80.0)*.

Segundo ainda consta dos *Receituários Médicos* de 08/06/22 e 15/06/22, a *menor autora* *“está em tratamento de Epilepsia e Difícil Controle, sendo necessário o uso contínuo da medicação Canabidiol Oil 50 mg/ml”*, com receita médica pelo *“uso oral Purodiol 50 mg/ml”*, que, segundo o advogado refere em atendimento na sede deste Juízo Federal, auxiliariam para se evitar lesões musculares sérias e lesões em órgãos internos pelos espasmos decorrentes das crises de epilepsia:

us conf.  
 Purodiol 5mg/ml  
 ——— 3v.  
 1 uf @ 8/8

Ocorre que, apesar da seriedade do caso em concreto e das relevantes razões constantes da petição inicial, bem como Receituários Médicos, *não há elementos robustos nos autos que assegurem acerca da utilidade e efetividade no tratamento da menor autora pelo uso contínuo e em específico do medicamento importado e não autorizado pela ANVISA, o "Purodiol 5 mg/ml".*

Segundo alega a própria parte autora, trata-se o "Purodiol 5 mg/ml" de "medicamento importado... de alto custo, e por não estar regulamentado pela ANVISA até o presente momento, não é disponibilizado pela rede municipal ou estadual de saúde", sendo, portanto, importado e não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

De fato, a partir de consulta ao sítio eletrônico da ANVISA, *não há resultado em "Consulta/Medicamentos" para o "Nome do Produto" "PURODIOL", constante do Receituário Médico, mas somente para o "Princípio Ativo" "Canabidiol", com extensa relação de "Produtos de cannabis" com "Autorização Sanitária" como "Válida":*

## Consultas

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Consultas / Medicamentos

Critérios para Consulta

Número do CNPJ do Detentor do Registro

Nº do Processo

Nome do Produto

PURODIOL





Nenhum registro encontrado



## Consultas

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Consultas / Medicamentos / Medicamentos

## Resultado da Consulta de Produtos

|                          | Nome Comercial | Princípio Ativo                | Registro  | Processo             | Nome da Empresa Detentora do Registro - CNPJ          | Situação | Vencimento |
|--------------------------|----------------|--------------------------------|-----------|----------------------|-------------------------------------------------------|----------|------------|
| <input type="checkbox"/> | Mevatyl        | TETRAIDROCANABINOL, canabidiol | 169770003 | 25351.738074/2014-41 | BEAUFOUR IPSEN FARMACÊUTICA LTDA - 07.718.721/0001-80 | Valido   | 01/2027    |

## Detalhe do Produto: Mevatyl

|                                       |                                  |                       |                    |                           |                  |
|---------------------------------------|----------------------------------|-----------------------|--------------------|---------------------------|------------------|
| Nome da Empresa Detentora do Registro | BEAUFOUR IPSEN FARMACÊUTICA LTDA | CNPJ                  | 07.718.721/0001-80 | Autorização               | 1.06.977-3       |
| Processo                              | 25351.738074/2014-41             | Categoria Regulatória | Específico         | Data do registro          | 16/01/2017       |
| Nome Comercial                        | Mevatyl                          | Registro              | 169770003          | Vencimento do registro    | 01/2027          |
| Princípio Ativo                       | TETRAIDROCANABINOL, canabidiol   |                       |                    | Medicamento de referência | -                |
| Classe Terapêutica                    | ANTIESPASMÓDICOS                 |                       |                    | ATC                       | ANTIESPASMÓDICOS |

## Consultas

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Consultas / Produtos de cannabis / Produtos de cannabis

## Resultado da Consulta de Produtos

| Nome do Produto                          | Número da Autorização Sanitária | Nº do Processo       | Detentor da Autorização Sanitária - CNPJ                                                     | Situação da Autorização Sanitária | Vencimento |
|------------------------------------------|---------------------------------|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|------------|
| CANABIDIOL ACTIVE PHARMACEUTICA 20 MG/ML | 145590001                       | 25351.117796/2021-12 | ACTIVE PHARMACEUTICA LTDA ME - 09.026.759/0001-18                                            | Valido                            | 04/2027    |
| CANABIDIOL AURA PHARMA                   | 169490001                       | 25351.844185/2021-41 | AURA PHARMA LTDA - 22.564.552/0001-65                                                        | Valido                            | 02/2027    |
| CANABIDIOL BELCHER                       | 178310001                       | 25351.818093/2021-13 | BELCHER FARMACEUTICA DO BRASIL LTDA ME - 14.146.456/0001-79                                  | Valido                            | 02/2027    |
| CANABIDIOL COLLECT                       | 151890017                       | 25351.425116/2021-31 | COLLECT IMPORTAÇÃO E COMERCIO LTDA - 53.452.157/0001-14                                      | Valido                            | 07/2027    |
| CANABIDIOL FARMANGUINHOS                 | 110630158                       | 25351.225511/2021-16 | FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - 33.781.055/0001-35                                                   | Valido                            | 05/2026    |
| CANABIDIOL GREENCARE 23,75 MG/ML         | 145000002                       | 25351.624877/2021-74 | GREENCARE PHARMA COMERCIO ATACADISTA DE MEDICAMENTOS E COSMETICOS LTDA. - 36.940.761/0001-70 | Valido                            | 02/2027    |

(...)

Fonte: < <https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/> > - Acesso em 01/09/2022

Ademais, o pretendo acesso a medicamento "derivado do Canabidiol", conforme sustenta a parte autora, ou mesmo "uso contínuo da medicação Canabidiol Oil 50 mg/ml", como consta do *Receituário Médico* de 08/06/22, pode vir a ocorrer a partir do eventual uso e aplicação de outro medicamento ou "Produto da cannabis" com o mesmo princípio ativo "canabidiol" (vide: <<https://consultas.anvisa.gov.br/#/cannabis/q/?substancia=25722>>), alternativo ao "Purodiol 5 mg/ml" constante do *Receituário Médico*.

Apesar da afirmação da parte autora de que "somente com o remédio prescrito será possível obter a melhora do seu quadro clínico; sem o qual, coloca em risco a contenção da doença", e de que "o tratamento indicado não pode ser substituído por nenhum remédio fornecido pelo SUS", por medida de prudência e cautela, sem descuidar essencial direito à vida e à saúde da autora menor, tais circunstâncias deverão ser melhor apuradas em sede de dilação probatória, a partir do exercício do contraditório e ampla defesa, bem como prestação de informações técnicas especializadas, inclusive sobre a alegada "autorização sanitária n 0 1256803130035 para apresentação de Canabidiol 50mg/ml".

Outrossim, não se verifica, neste momento processual em sede de cognição sumária, qualquer evidência de que tenha havido negativa efetiva dos órgãos públicos Municipais, Estaduais ou Federais ao fornecimento de medicação destinada ao tratamento da autora, em razão dos apontamentos de "Epilepsia Severa de Infância, decorrente da Síndrome de Aicardi", com patologias de "Epilepsia" (CID10 – G40.0) e de "Paralisia cerebral" (CID10 – G80.0), seja em relação ao "Purodiol 5 mg/ml" ou outro "derivado do Canabidiol", seja em relação a algum dos medicamentos autorizados pela ANVISA e disponíveis no Sistema Único de Saúde – SUS e Secretarias Municipais de Saúde.

Conforme informações disponíveis inclusive no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Ubatuba (Fonte: <https://www.ubatuba.sp.gov.br/relacao-municipal-de-medicamentos-essenciais/> - Acesso em 30/08/2022), onde residente a autora menor, o "Ministério da Saúde seleciona medicamentos de qualidade comprovada para tratar as principais doenças que existem no nosso país, e coloca numa lista chamada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Os Estados e Municípios montam suas próprias listas, pois existem diferenças regionais. No nosso município temos a REMUME (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais)".

E, dentre os constantes da "Relação Municipal de Medicamentos", há previsão de disponibilidade gratuita de "Anticonvulsivantes" atuantes no "Nervoso Central", e que recomenda a prestação de informações técnicas especializadas sobre sua utilidade e efetividade par ao caso da autora menor:



**PREFEITURA MUNICIPAL DE UBATUBA**  
Litoral Norte do Estado de São Paulo

**RELAÇÃO MUNICIPAL DE MEDICAMENTOS**

**B.5. NERVOSO CENTRAL****B.5.1. Anticonvulsivantes**

ácido valpróico (valproato de sódio)

cápsula 500mg

cápsula 250 mg

solução oral 50 mg/mL

carbamazepina

comprimido 200 mg

suspensão ou xarope 100 mg/5mL

diazepam

comprimido 10 mg

solução injetável 10 mg/2mL

fenitoína

comprimido 100 mg

solução injetável 250 mg/5mL

fenobarbital

comprimido 100 mg

solução injetável 200 mg/2mL

solução oral gotas 4% ou 40 mg/mL

**Secretaria Municipal de Saúde****Site:** [www.ubatuba.sp.gov.br](http://www.ubatuba.sp.gov.br)**E-mail:** [saude@ubatuba.sp.gov.br](mailto:saude@ubatuba.sp.gov.br)**End.:** Rua Batista de Oliveira, 303 - Silop

Ubatuba/SP – CEP: 11680-000

**Tel.:** (12)3834-1990

Ainda, para *devida instrução do feito* (CPC, ar. 370), impõe-se a oportuna demonstração de que a autora menor e seus familiares se encontram com cadastro no CRAS - Centro de Referência de Assistência Social, para oportuna apreciação de sua *pretensão de fornecimento de medicamento da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)*, Relação Municipal de Medicamentos da Prefeitura Municipal de Ubatuba (RENAME), ou eventual atendimento por “Programa Alto Custo” das Secretarias Municipais ou Estaduais de Saúde e Sistema Único de Saúde – SUS, o que poderá ser verificado em *necessária dilação probatória e manifestação das partes*.

**III - DISPOSITIVO**

Nestes termos, em *sede de cognição sumaria* e se verificando a *presença em parte dos requisitos de fumus boni iuris (fumaça do bom direito) e periculum in mora (perigo da demora)*, sobretudo em razão da *necessidade de dilação probatória e prestação de informações técnicas especializadas* através do exercício do contraditório e ampla defesa pelas partes, DEFIRO EM PARTE a tutela de urgência, para fins de:

1) DETERMINAR à ré UNIÃO FEDERAL, através de sua Advocacia da União (AGU), mediante sua citação e intimação, para que preste informações atualizadas sobre a disponibilidade de quais medicamentos, no Sistema Único de Saúde – SUS com autorização da ANVISA, inclusive da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), para o tratamento da menor autora com apontamento de “Epilepsia Severa de Infância, decorrente da Síndrome de Aicardi”, com patologias de “Epilepsia” (CID10 – G40.0) e de “Paralisia cerebral” (CID10 – G80.0), conforme íntegra dos Receituários Médicos e documentos médicos dos autos, e qual sua

*utilidade e efetividade no tratamento da menor autora, com os apontamentos complementares se se apresentarem úteis e necessários. Prazo: 15 (quinze) dias.*

*2) DETERMINAR a inclusão do Município de Ubatuba no pólo passivo desta ação, mediante citação e intimação, para que também preste informações atualizadas sobre a disponibilidade de quais medicamentos, através da Secretarias Municipal de Saúde, Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME) e Relação Municipal de Medicamentos da Prefeitura Municipal de Ubatuba, para o tratamento da menor autora com apontamento de "Epilepsia Severa de Infância, decorrente da Síndrome de Aicardi", com patologias de "Epilepsia" (CID10 – G40.0) e de "Paralisia cerebral" (CID10 – G80.0), conforme íntegra dos Receituários Médicos e documentos médicos dos autos, e qual sua utilidade e efetividade no tratamento da menor autora, com os apontamentos complementares se se apresentarem úteis e necessários. Prazo: 15 (quinze) dias.*

*2) DETERMINAR a expedição de ofício ao Departamento de Saúde – Secretaria Municipal de Saúde de Taubaté – Policlínica Infantil, inclusive aos cuidados do Sr. Dr. Alexandre Serafim (Neuropediatria – CRM/SP 63.815), para que sejam prestadas informações técnicas especializadas sobre eventuais medicamentos disponíveis no SUS, Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME) ou mercado nacional que possam ser administrados para tratamento da "Epilepsia Severa de Infância, decorrente da Síndrome de Aicardi", e patologias de "Epilepsia" (CID10 – G40.0) e de "Paralisia cerebral" (CID10 – G80.0), conforme íntegra dos Receituários Médicos e documentos médicos dos autos, e qual sua utilidade e efetividade no tratamento da menor autora, com os apontamentos complementares se se apresentarem úteis e necessários. Prazo: 15 (quinze) dias.*

Ainda, DETERMINO a intimação das partes para que juntem aos autos íntegra dos prontuários médicos e procedimentos atuais relacionados à menor autora C.C.O., com informações sobre diagnósticos, procedimentos e apontamentos sobre medicamentos para seu tratamento. Prazo: 15 (quinze) dias.

Com a juntada das informações técnicas especializadas pela UNIÃO FEDERAL, MUNICÍPIO DE UBATUBA e POLICLÍNICA INFANTIL DE TAUBATÉ - Dr. Alexandre Serafim (Neuropediatria – CRM/SP 63.815), intime-se imediatamente a parte autora para manifestação a respeito.

Defiro o pedido de justiça gratuita.

Citem-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, 01 de setembro de 2022.

## **MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL**

### **5005287-89.2022.4.03.6102**

Impetrante: AGUIAR & AGUIAR RESTAURANTE JAPONÊS EIRELI  
Impetrados: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM RIBEIRÃO PRETO,  
UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP  
Juiz Federal: PETER DE PAULA PIRES  
Disponibilização da Sentença: DJEN 07/10/2022

### **SENTENÇA**

A sociedade empresária *Aguar & Aguar Restaurante Japonês Eireli* impetrou o presente mandado de segurança contra o *Delegado da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto*, objetivando a concessão de ordem que lhe assegure a aplicação da alíquota zero para a CSLL, o IRPJ, a contribuição ao PIS e a Cofins, na forma prevista pelo art. 4º da Lei nº 14.148-2021.

A autoridade impetrada prestou as informações. A União (Fazenda Nacional) ingressou no feito como pessoa jurídica interessada. O MPF juntou manifestação na qual se absteve de pronunciamento quanto ao mérito desta ação mandamental.

Relatei o que é suficiente. Em seguida, decido.

Não há questões preliminares pendentes de deliberação.

No mérito, o pedido inicial é procedente.

Nesse sentido, as informações da autoridade impetrada colocaram apenas dois óbices para a pretensão da impetrante: (1) a inscrição no Cadastur posterior à edição da Lei nº 14.148-2021 e (2) inviabilidade de aplicação do Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos (Perse) para optantes pelo Simples.

Relativamente à primeira objeção, a vinculação à data da edição da Lei foi um critério criado por uma Portaria, que, assim, inovou o ordenamento, instituindo restrição que não passou pelo crivo do legislativo, extrapolando a sua função regulamentar. Logo, esse critério é inválido e não pode ser utilizado para obstar o acesso da impetrante ao benefício legal.

Relativamente à segunda objeção, a Constituição da República estabelece que o tratamento favorecido para as pequenas empresas e empresas de pequeno porte é princípio da ordem econômica (art. 170, X) e da ordem tributária (art. 146, III, d, e parágrafo único). Empresas desses portes correspondem a 98% das existentes no Brasil, gerando 67% dos postos de trabalho.

A pulverização das atividades econômicas tende a se aproximar do conceito de concorrência perfeita (ninguém é grande demais para influenciar isoladamente a formação de preços). O tratamento mais benéfico para as MePEs propicia a realização dessa aproximação.

O tratamento mais benéfico é indutor do empreendedorismo, que se manifesta pelo desenvolvimento autônomo de atividade econômica propiciadora da geração de riqueza e, conseqüentemente, do desenvolvimento econômico cuja



garantia é um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, II, da Constituição da República).

O mercado interno integra o patrimônio nacional, devendo ser incentivado para viabilizar o desenvolvimento e o bem-estar (art. 219 da Constituição da República).

O efetivo apoio à atomização, reduzindo os custos para os microempreendedores, tende a propiciar para os mesmos a apropriação de mais rendimentos aptos a subsidiar o acesso a melhores meios de educação, de saúde, de alimentação, de cultura e de moradia.

A Lei Maior, ao estabelecer a necessidade de tratamento mais favorecido, teve como escopo assegurar que as pequenas empresas e as empresas de pequeno porte disponham de circunstâncias aptas a desempenharem o papel fundamental na economia. A interpretação das normas legais no campo da tributação não pode se desvincular do referido escopo.

No caso do presente mandado de segurança, a autoridade impetrada sustenta que a regra do § 1º do art. 24 da Lei Complementar nº 123-2006 vedaria que a optante pelo Simples Nacional venha a se beneficiar da redução de alíquota implementada pelo art. 4º da Lei nº 14.148-2021.

O dispositivo do primeiro diploma preconiza que *“Não serão consideradas quaisquer alterações em bases de cálculo, alíquotas e percentuais ou outros fatores que alterem o valor de imposto ou contribuição apurado na forma do Simples Nacional, estabelecidas pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, exceto as previstas ou autorizadas nesta Lei Complementar”*.

A referida Lei Complementar foi editada com respaldo no disposto pelo art. 146, caput, III, d, e parágrafo único, da Constituição da República. Tais dispositivos constitucionais preconizam o tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte e a possibilidade de instituição do Simples Nacional, opcional para as referidas modalidades de pessoas jurídicas. A lei complementar referida pelo art. 146 da Lei Maior, assim, deve se pautar pelas finalidades constitucionalmente estabelecidas no que concerne a tais formas de empreendimentos, que, sob tal orientação, devem ter tratamento favorecido.

Por sua vez, o art. 4º da Lei nº 14.148-2021, editada para mitigar os efeitos adversos da Covid para setores de atividades econômicas que foram mais severamente atingidos, reduziu a zero, pelo prazo de sessenta meses, as alíquotas dos tributos mencionados no relatório. Esse dispositivo veicula um nítido tratamento mais favorecido para todos os integrantes dos setores afetados pela pandemia de forma mais grave.

Não se revela conforme a Constituição interpretar o disposto pelo § 1º do art. 24 da Lei Complementar nº 123-2006 como critério para excluir somente os aderentes ao Simples – necessariamente empresas de menor porte para as quais é constitucionalmente assegurado o tratamento mais favorecido – das vantagens propiciadas pela Lei nº 14.148-2021. Isso se mostra um tanto mais grave quando se considera o escopo desta Lei no sentido de minorar os graves danos sofridos pelos empreendedores no período da epidemia de Covid.

Portanto, a interpretação do § 1º do art. 24 da Lei Complementar nº 123-2006 conforme a Constituição da República é no sentido de que as alterações por



ele vedadas são somente aquelas que não propiciem tratamento tributário mais favorecido para os microempreendedores.

Em suma, foi demonstrada a plausibilidade do direito da impetrante.

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido e concedo a segurança*, para declarar a existência de relação jurídica pela qual a impetrante tem direito à aplicação da alíquota zero para a CSLL, o IRPJ, a contribuição ao PIS e a Cofins, na forma prevista pelo art. 4º da Lei nº 14.148-2021, a partir da prolação da presente sentença (com o que se evita qualquer discussão sobre restituição de valores pretéritos).

A União deverá restituir as custas adiantadas pela impetrante. Incabíveis honorários advocatícios.

P. I. Cópia desta sentença servirá como meio para a notificação da autoridade impetrada, com a requisição de que cumpra o que foi aqui estabelecido.



## Súmulas



# SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO<sup>1</sup>

## 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.

## SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

<sup>1</sup> N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

### **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 esgotamento 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 Nº 37**

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712. 41.2016. 4 .03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

### **SÚMULA Nº 38**

Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.

- *Vide* CCCiv nº 5011468-50.2020.4.03.0000, publicado na RTRF3R 147/99.

# SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO<sup>2</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)

## 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)

<sup>2</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 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 uninominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

**SÚMULA Nº 21**

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

**SÚMULA Nº 22**

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

**SÚMULA Nº 23**

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região