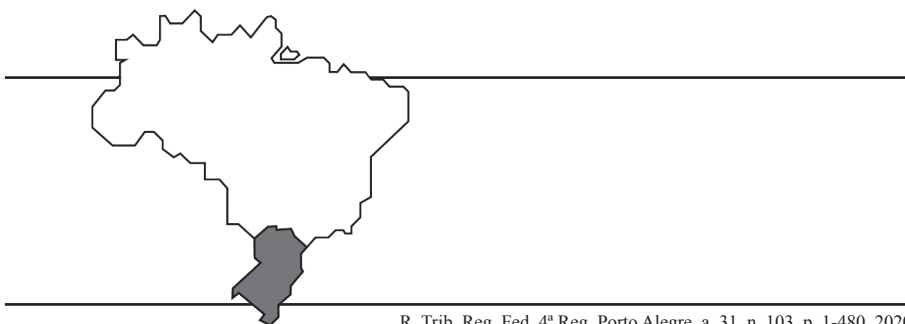


**revista
do
tribunal
regional
federal**

QUARTA REGIÃO

revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg. Porto Alegre, a. 31, n. 103, p. 1-480, 2020

Ficha Técnica

Diretor

Des. Federal Márcio Antônio Rocha

Vice-Diretora

Desa. Federal Cláudia Cristina Cristofani

Conselho Consultivo

Des. Federal João Pedro Gebran Neto

Des. Federal Leandro Paulsen

Assessoria

Isabel Cristina Lima Selau

Direção da Divisão de Publicações

Arlete Hartmann

Análise e Indexação

Marta Freitas Heemann

Revisão e Formatação

Carlos Campos Palmeiro

Marina Spadaro Jacques

Patrícia Picon

Os textos publicados nesta revista são revisados pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal 4. Região. – Vol. 1, n. 1
(jan./mar. 1990) – Porto Alegre: Tribunal Regional Federal
da 4. Região, 1990- .
v. ; 23 cm.

Quadrimestral.
Inicialmente trimestral.
Repositório Oficial do TRF4 Região.
ISSN 0103-6599

I. Direito – Periódicos. I. Título. II. Brasil. Tribunal Regional Federal.
Região, 4ª.

CDU 34(051)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

4ª Região

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300

CEP 90.010-395 – Porto Alegre – RS

PABX: 0 XX 51-3213-3000

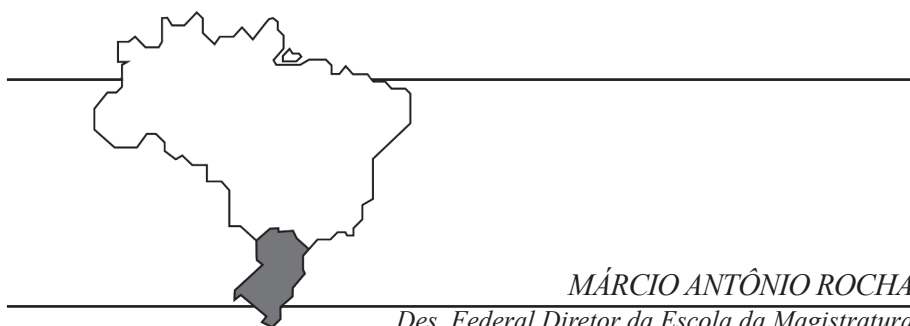
www.trf4.jus.br/revista

e-mail: revista@trf4.jus.br

Tiragem: 850 exemplares

revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA

Des. Federal Diretor da Escola da Magistratura

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

JURISDIÇÃO

Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná

COMPOSIÇÃO

Em 6 de julho de 2020

Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus – 03.02.2003 – *Presidente*

Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – 27.04.2005 – *Vice-Presidente*

Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch – 26.11.2007 – *Corregedora Regional*

Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler – 09.12.1994

Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère – 05.02.1997

Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz – 28.06.2001

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó – 28.06.2001

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – 28.06.2001

Des. Federal João Batista Pinto Silveira – 06.02.2004 – *Ouvidor*

Des. Federal Celso Kipper – 29.03.2004

Des. Federal Rômulo Pizzolatti – 09.10.2006

Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira – 11.12.2006

Des. Federal Fernando Quadros da Silva – 23.11.2009

Des. Federal Márcio Antônio Rocha – 26.04.2010 – *Diretor da Emagis*

Des. Federal Rogerio Favreto – 11.07.2011

Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior – 22.06.2012

Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha – 08.11.2012 – *Vice-Coordenadora dos JEFs*

Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani – 09.07.2013 – *Vice-Diretora da Emagis*

Des. Federal João Pedro Gebran Neto – 16.12.2013 – *Conselheiro da Emagis*

Des. Federal Leandro Paulsen – 16.12.2013 – *Conselheiro da Emagis*

Des. Federal Sebastião Ogê Muniz – 16.12.2013

Desa. Federal Vânia Hack de Almeida – 07.08.2014 – *Coordenadora dos JEFs*

Des. Federal Roger Raupp Rios – 16.05.2016

Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene – 16.05.2016

Des. Federal Luiz Carlos Canalli – 15.09.2017 – *Vice-Corregedor Regional*

Des. Federal Osni Cardoso Filho – 09.07.2018

Juíza Federal Taís Schilling Ferraz (convocada)

Juiz Federal Alexandre Gonçalves Lippel (convocado)

Juiz Federal Altair Antonio Gregorio (convocado)

Juiz Federal Loraci Flores de Lima (convocado)

Juíza Federal Gisele Lemke (convocada)

Juiz Federal Francisco Donizete Gomes (convocado)
Juiz Federal Alexandre Rossato da Silva Ávila (convocado)
Juiz Federal Julio Guilherme Berezoski Schattschneider (convocado)
Juiz Federal Eduardo Tonetto Picarelli (convocado)
Juíza Federal Maria Lucia Germano Tilton (convocada)
Juiz Federal Gustavo Chies Cignachi (convocado)

CORTE ESPECIAL

Em 6 de julho de 2020

Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus – *Presidente*

Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler

Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère

Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Des. Federal João Batista Pinto Silveira

Des. Federal Celso Kipper

Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – *Vice-Presidente*

Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch – *Corregedora Regional*

Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha

Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani

Des. Federal João Pedro Gebran Neto

Des. Federal Leandro Paulsen

Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

Desa. Federal Vânia Hack de Almeida

Des. Federal Roger Raupp Rios

Suplentes:

Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene

Des. Federal Luiz Carlos Canalli

Des. Federal Osni Cardoso Filho

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Em 6 de julho de 2020

Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus – *Presidente*

Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – *Vice-Presidente*

Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch – *Corregedora Regional*

Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene

Suplentes:

Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler

Des. Federal Leandro Paulsen

PRIMEIRA SEÇÃO

- Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – *Presidente*
- Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère
- Des. Federal Rômulo Pizzolatti
- Des. Federal Roger Raupp Rios

SEGUNDA SEÇÃO

- Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – *Presidente*
- Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler
- Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira
- Des. Federal Rogerio Favreto
- Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior
- Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha
- Desa. Federal Vânia Hack de Almeida

TERCEIRA SEÇÃO

- Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – *Presidente*
- Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz
- Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado
- Des. Federal João Batista Pinto Silveira
- Des. Federal Celso Kipper
- Des. Federal Fernando Quadros da Silva
- Des. Federal Márcio Antônio Rocha
- Des. Federal Sebastião Ogê Muniz
- Des. Federal Osni Cardoso Filho

QUARTA SEÇÃO

- Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle – *Presidente*
- Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
- Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani
- Des. Federal João Pedro Gebran Neto
- Des. Federal Leandro Paulsen
- Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene
- Des. Federal Luiz Carlos Canalli

PRIMEIRA TURMA

Des. Federal Roger Raupp Rios – *Presidente*
Juiz Federal Alexandre Gonçalves Lippel (convocado)
Juiz Federal Francisco Donizete Gomes (convocado)

SEGUNDA TURMA

Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère – *Presidente*
Des. Federal Rômulo Pizzolatti
Juiz Federal Alexandre Rossato da Silva Ávila (convocado em razão da aposentadoria do Des. Federal Jorge Antonio Maurique)

TERCEIRA TURMA

Desa. Federal Vânia Hack de Almeida – *Presidente*
Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler
Des. Federal Rogerio Favreto

QUARTA TURMA

Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira – *Presidente*
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha

QUINTA TURMA

Des. Federal Osni Cardoso Filho – *Presidente*
Juiz Federal Altair Antonio Gregorio (convocado)
Juíza Federal Gisele Lemke (convocada)

SEXTA TURMA

Des. Federal João Batista Pinto Silveira – *Presidente*
Juíza Federal Taís Schilling Ferraz (convocada)
Juiz Federal Julio Guilherme Berezoski Schattschneider (convocado)

TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PARANÁ

Des. Federal Fernando Quadros da Silva – *Presidente*
Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó
Des. Federal Márcio Antônio Rocha

TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SANTA CATARINA

Des. Federal Celso Kipper – *Presidente*

Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz

Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

SÉTIMA TURMA

Des. Federal Luiz Carlos Canalli – *Presidente*

Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani

Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene

OITAVA TURMA

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*

Des. Federal João Pedro Gebran Neto

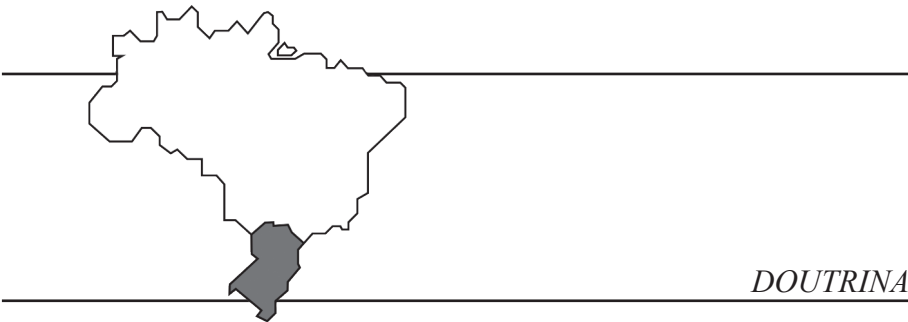
Des. Federal Leandro Paulsen

SUMÁRIO

DOCTRINA.....	15
Direitos civis, discriminação por sexo e homotransfobia: notícias e aportes da Suprema Corte dos EUA e o direito brasileiro	
<i>Roger Raupp Rios</i>	17
O controle da administração sob a perspectiva constitucional	
<i>Wolfgang Kahl</i>	25
ACÓRDÃOS.....	49
Direito Administrativo e Direito Civil	51
Direito Penal e Direito Processual Penal	85
Direito Previdenciário	273
Direito Processual Civil	301
ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	389
SÚMULAS	441
RESUMO.....	459
ÍNDICE NUMÉRICO.....	463

ÍNDICE ANALÍTICO467

ÍNDICE LEGISLATIVO475



DOCTRINA

Direitos civis, discriminação por sexo e homotransfobia: notícias e aportes da Suprema Corte dos EUA e o direito brasileiro

*Roger Raupp Rios**

Conforme a Suprema Corte dos Estados Unidos (USSC), a proibição de discriminação por sexo abrange orientação sexual e identidade de gênero. Em um importante e expressivo conjunto de decisões,¹ o tribunal de cúpula estadunidense não só reafirmou a força da igualdade e afastou discriminações contra homossexuais (como fizera ao decidir pelo direito ao casamento civil a pessoas do mesmo sexo²), mas ainda deixou claro que a proteção contra discriminações por sexo também alcança pessoas trans.

A relevância desse julgamento é, por várias razões, indisputável. A projeção global da USSC e o impacto de suas decisões na arena inter-

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Ufrgs), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

¹ USSC, *Bostock v. Clayton C., Altitude Express v. Zarda e R.G. & G.R. Harris v. EEOC*, todos de 15.06.2020, por 6 votos a 3 (Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020).

² USSC, *Obergeffél v. Hodges*, por 5 votos a 4 (Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020).

nacional e no direito comparado são inegáveis; ao mesmo tempo, o decidido traz contribuições significativas para o debate brasileiro, não só no diálogo com precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), mas em especial para engendrar medidas legislativas, executivas e judiciais mais justas e livres de homotransfobia em matéria de igualdade, de liberdade e de respeito à dignidade.

Notas sobre a decisão da Suprema Corte dos EUA: discriminação por sexo e homotransfobia

Ao examinar a proibição de discriminação por raça, religião, origem nacional e sexo nas relações de trabalho, a USSC decidiu que demitir alguém pelo simples fato de ser gay ou transgênero ofende a Lei de Direitos Civis, de 1964. Para chegar a essa conclusão, o tribunal examinou quatro alegações: (a) de que a compreensão do termo “sexo”, quando da promulgação da lei pelo Congresso, só tinha em mente o sexo biológico de homens e de mulheres; (b) de que o motivo das demissões não foi o sexo, mas sim a condição homossexual e transgênero, critérios que não se confundem com a proibição de discriminação sexista; (c) de que a lei, ao nada dizer sobre orientação sexual e identidade de gênero, não objetivou proteger tais condições; e (d) de que a simetria de tratamento entre homens e mulheres homossexuais ao lado de homens e mulheres transgêneros demonstra inexistir discriminação por sexo.

(a) *Proibição de discriminação por sexo e “sexo biológico”*. Logo de partida, o julgamento anotou que o termo “sexo”, na dicção da lei, se referia a distinções biológicas entre homens e mulheres; a seguir, admitida e respeitada essa premissa, a USSC explicitou, como fez em outros precedentes, que há discriminação por motivo de sexo sempre que o fator sexo seja determinante para o tratamento prejudicial, ainda que isoladamente ou em conjunto com outros fatores. Daí que, ocorrendo despedida baseada, mesmo que parcialmente, no sexo, constata-se a discriminação sexista. Quanto a esse ponto, o tribunal foi muito claro: não faz diferença se o discriminador levou em conta outros fatores além do sexo, nem se o empregador trata mulheres, como grupo, do mesmo modo que trata homens como grupo. Havendo consideração do sexo na despedida, ainda que ao lado de outros motivos, está configurada a ofensa. Assentada essa premissa, examinou-se a segunda questão: as

demissões foram motivadas pela condição homossexual ou transgênero, e não pelo sexo.

(b) *Diferença entre “sexo biológico” e condição homossexual ou transgênero.* Também nesse ponto, a decisão foi clara e direta: “porque a discriminação com base no *status* homossexual ou transgênero requer que um empregador intencionalmente trate empregados individuais diferentemente em função do sexo, um empregador que intencionalmente penaliza um empregado por ser homossexual ou transgênero também viola o Título VII. Não há escapatória para o papel que a intenção toma: como o sexo é necessariamente uma condição *sine qua non* quando o empregador discrimina contra empregados homossexuais ou transgênero, um empregador que discrimina com base nesses critérios inescapavelmente se vale do sexo em sua decisão” (p. 2, tradução livre).

De modo mais concreto, “(...) quando um empregador demite uma empregada porque ela é homossexual ou transgênero, dois fatores causais podem estar em jogo – ambos o sexo do indivíduo e também algo mais (o sexo pelo qual o indivíduo tem atração ou com o qual o indivíduo se identifica). Para o Título VII, não faz diferença. Se o empregador não demitiria o empregado senão pelo sexo, o *standard* de causalidade está presente, e a responsabilidade pode ser determinada” (p. 11, tradução livre).

(c) *Ausência de previsão legal de orientação sexual e identidade de gênero.* A proteção antidiscriminatória por “orientação sexual” e “identidade de gênero” foi posta em causa pelo silêncio legislativo sobre esses fatores. Rejeitando a alegação, a USSC reafirmou e desenvolveu as respostas anteriores. “Nós concordamos que homossexualidade e transgeneridade são conceitos distintos de sexo” – disse o tribunal. E prosseguiu: “Mas, como visto, discriminação baseada na condição homossexual ou transgênero necessariamente implica discriminação baseada em sexo; a primeira não pode ocorrer sem a segunda. Nem há tal coisa como ‘um canhão de rosquinhas’, no qual a falta do Congresso em apontar diretamente para um caso específico que se subsume dentro de um dispositivo legal mais genérico cria uma exceção tácita. Em vez disso, quando o Congresso opta por não incluir exceções em uma regra ampla, os tribunais devem aplicar a regra ampla. E isso é exatamente como esta corte tem sempre abordado o Título VII. ‘Assédio sexual’

é conceitualmente distinto de discriminação sexual, mas se subsume dentro do Título VII. (...) Como promulgado, o Título VII proíbe todas as formas de discriminação por sexo, não importa como elas se manifestem ou quais sejam os rótulos que a elas possam se inculcar” (p. 19, tradução livre).

(d) *Tratamento igual dado a homens e mulheres homossexuais e a homens e mulheres transgênero.* Por fim, a USSC refutou a alegação de que não haveria discriminação, dado que homossexuais e transgêneros, homens ou mulheres, são tratados de forma igual. Com efeito, tal “paridade discriminatória” não faz desaparecer o fato de que o tratamento prejudicial aos grupos listados (homens homossexuais, mulheres homossexuais, homens trans e mulheres trans) decorre do fator sexo.

A par da centralidade desses fundamentos, o julgado foi robustecido pela invocação de outras situações em que a própria Suprema Corte se deparou com discriminação sexista conglomerada com o pretexto de motivos diversos, como ocorreu no assédio sexual, na participação da mulher no mercado de trabalho e no custeio de sistema previdenciário. Em todas elas, já fora identificada discriminação sexista, pois o fator sexo foi, ao lado de outros pretextos, decisivo para o tratamento prejudicial. Na primeira, alegava-se inexistir assédio praticado contra homossexual pela circunstância de os perpetradores terem sido colegas também homossexuais; na segunda, restringia-se a contratação de mulheres com filhos jovens, como se a suposta proteção da maternidade fosse apagar a discriminação sexual; na terceira, fundo de pensão exigia maior contribuição financeira por parte das mulheres, sob o argumento de maior expectativa de vida feminina. Em suma, disse a Suprema Corte, motivações adicionais, invocadas como justificção, não são pretextos capazes de dissipar a discriminação sexual.

Além de esclarecedores, tais precedentes trazem relevantes contribuições para o debate brasileiro, que requer o enfrentamento de discriminações crescentes e o aperfeiçoamento de respostas jurídicas.

A decisão da USSC: diálogo com o STF e deveres estatais

Ainda que breves, estas notas sintetizam aportes valiosos para o debate brasileiro. Numa mirada retrospectiva, elas permitem dialogar com os marcos do Supremo Tribunal Federal sobre orientação sexual

e identidade de gênero; prospectivamente, apontam exigências democráticas e razões constitucionais para a atividade legislativa, executiva e judiciária.

Antes de pincelar possíveis diálogos entre as cortes e de anotar repercussões no porvir legislativo, executivo e judiciário, é importante lembrar: no sistema jurídico de que faz parte, a USSC é ao mesmo tempo corte constitucional e intérprete final da legislação infraconstitucional. No caso aqui comentado, ela interpretou a lei dos direitos civis, ao passo que em outras oportunidades protegeu direitos constitucionais (direito ao casamento de homossexuais,³ igual proteção da lei sem exclusão de gays, lésbicas e transgêneros⁴ e direito à privacidade⁵). Ter isso presente é muito relevante, na medida em que proibição de discriminação sexista é direito fundamental entre nós, vinculante de toda atividade estatal.

Quanto à atividade legislativa, a contribuição da USSC exige que tanto emendas constitucionais quanto iniciativas infraconstitucionais não só não possam restringir o alcance da norma antidiscriminatória como devam reforçar essa proteção. No cenário parlamentar contemporâneo, é inegável a relevância desse aporte, o que projetos de lei sobre a suposta “ideologia de gênero” ilustram.

Na esfera executiva, por sua vez, a compreensão da discriminação sexista torna insubsistentes iniciativas, políticas e decisões sempre que o sexo, total ou parcialmente, tenha o efeito de prejudicar não só mulheres pelo sexo biológico como também homossexuais e transgêneros. Haverá, portanto, discriminação sexista inconstitucional contra mulheres, homossexuais e transgêneros quando houver prejuízo ao reconhecimento e ao exercício de direitos relacionado ao fator sexo nos diversos campos da atuação administrativa, seja por ação, seja por omissão, de modo direto ou indireto.⁶

Por fim, antes pela qualidade substancial do que mesmo pelo argumento de autoridade, a decisão da USSC é valiosa para a atividade

³ USSC, *Obergeffell v. Hodges*, 2014 (Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020).

⁴ USSC, *Romer v. Evans*, 1996 (Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/620/>. Acesso em: 15 jun. 2020).

⁵ USSC, *Lawrence v. Texas*, 2006 (Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>. Acesso em: 15 jun. 2020).

⁶ Sobre o conceito jurídico de discriminação e suas modalidades direta e indireta, ver Roger Raupp Rios, *Direito da antidiscriminação* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

judicial. Os fundamentos colaboram, sem dúvida, para fazer desvanecer a cegueira diante da homotransfobia como discriminação sexista, bem como para análise do sexismo como fator causal na sanção jurídica do ato ilícito discriminatório. Cada vez mais límpidos, esses elementos jurídicos são balizas técnicas para respostas judiciárias, seja na concretização de dispositivos legais,⁷ seja na aplicação de precedentes vinculantes em matéria de sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

A propósito, a menção a precedentes vinculantes oportuniza a sugestão de estudos retrospectivos de direito comparado e sobre o fenômeno do diálogo das cortes. Fica aqui o registro, em apressadas e incompletas anotações, sem qualquer pretensão de exaustividade nem de exaurir a amplitude dos julgamentos, de possíveis relações entre (a) a liberdade sexual como direito à privacidade em *Lawrence v. Texas* e como alicerce na ADPF nº 132,⁸ (b) a proteção antidiscriminatória como ângulo do direito de igualdade em *Romer v. Evans* e na ADPF nº 291 e (c) o reconhecimento da dignidade em *Obergeffell v. Hodges* e na ADIN 4.275.

Sobre discriminação sexista e homotransfobia, objeto destas notas, não há dúvida de que o contraste, as aproximações e as distinções entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a decisão da Suprema Corte dos EUA terão valor inestimável para o aperfeiçoamento dos respectivos ordenamentos jurídicos. Basta colocar lado a lado a decisão da USSC e aquelas do STF sobre a criminalização da homotransfobia⁹ e sobre a inconstitucionalidade de censura, silêncio e obscurantismo em matéria de diversidade sexual no sistema de ensino.¹⁰ Com diferentes modos e graus de repreensão constitucional à homotransfobia, os tribunais adentraram na consideração e na relação do sexo, da orientação sexual e da identidade de gênero como critérios proibidos de discriminação, bem como sobre a proteção jurídica propiciada pelos diversos dispositivos constitucionais e infralegais.

⁷ Exemplificativamente, anote-se, dentre tantas, as Leis 9.029/1995, 11.340/2006 e 13.104/2015.

⁸ STF, ADPF 132, j. 05.05.2011 (Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 15 jun. 2020).

⁹ STF, ADO 26, j. 13.06.2019 (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020).

¹⁰ STF, ADPF 457, j. 27.04.2020 (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343276006&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020).

Considerações finais

A decisão da Suprema Corte dos EUA afirmando a proteção constitucional diante da homotransfobia como discriminação por motivo de sexo, mesmo que desprovida de ineditismo,¹¹ é marco jurisprudencial de enorme importância. Com seu inegável prestígio e influência globais, ela se soma a vários tribunais nacionais e internacionais quanto à injustiça e à antijuridicidade da homotransfobia. Mais ainda, ela deixa claro o alcance da proibição de discriminação por sexo e seu impacto na estrutura do raciocínio jurídico antidiscriminatório, abrindo caminho para um frutífero diálogo jurisprudencial comparado com o Supremo Tribunal Federal.

Em especial nos dias de hoje, em que as garantias constitucionais e os direitos fundamentais nos Estados Unidos, no Brasil e mundo afora são desafiados pelo recrudescimento de intolerância, discriminação e violência, esse precedente jurisprudencial é alerta e convocação para a responsabilidade jurídica, democrática e cidadã de tribunais e operadores jurídicos em todos os quadrantes e latitudes.

¹¹ Ver Roger Raupp Rios, *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

O controle da administração sob a perspectiva constitucional

*Wolfgang Kahl**

Introdução

Por “controle” entende-se um fenômeno ao qual o direito constitucional e administrativo atribui uma importância primordial para todo o Estado.¹ Essa observação, feita pelo meu colega *Walter Krebs* em 1984, ainda é válida hoje. Isso exige mecanismos de controle eficazes a fim de garantir a eficácia, a eficiência e a legalidade das ações administrativas.² Nesse contexto, a diminuição do controle que se pode observar como resultado da tendência à pluralização ou diferenciação da administração por meio do estabelecimento de unidades administrativas independentes é particularmente problemática do ponto de vista constitucional.

O controle da administração não é apenas relevante nos estados de um país, mas também está se tornando cada vez mais importante na

* Professor Doutor da Universidade de Heidelberg (Alemanha).

¹ *Walter Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, p. 1.

² Nesse sentido, também *Jens-Peter Schneider/Herwig C. H. Hofmann/Jacques Ziller*, ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht, 2015, p. 207.

União Europeia. Isso foi especialmente evidente na década de 1990. Naquela época, devido a consideráveis déficits de controle da parte da Comissão Europeia, havia irregularidades financeiras e má administração na implementação de programas que tiveram impacto nas despesas, o que levou à renúncia da então Comissão *Santer*.³ Ainda hoje, porém, a questão do controle administrativo no âmbito europeu é tópica e de grande importância por várias razões. Vejamos duas razões: por um lado, atualmente são feitos esforços pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão para criar estruturas uniformes às agências europeias que prestem uma atenção considerável ao assunto do controle, o que é por si só precário, principalmente na área de agências independentes (sem instrução).⁴ Por outro lado, as altamente questionáveis “reformas” na Polônia violaram a independência do Judiciário local e, assim, foram iniciados os processos de infração e de violações graves dos valores da UE nos termos do art. 2º do TUE (o chamado art. 7º do Tratado da União Europeia); ainda não está à vista o fim do Estado de direito europeu e da crise de proteção legal, não apenas associada à Polônia, mas também à Hungria (principalmente por causa das restrições aos direitos fundamentais), especialmente porque os Estados em questão não demonstram vontade de ceder, estando em um caminho de confronto com a UE e com os outros Estados-membros.

Nesse contexto, será apresentada a seguir uma visão geral do controle da administração na Alemanha e na UE sob uma perspectiva constitucional, segundo a qual o termo “Constituição” é amplamente compreendido (funcionalmente), e da situação legal segundo a Lei Básica alemã, bem como os contratos da UE. Primeiro, apresentam-se o quadro da Lei Fundamental para o controle da administração alemã (1) e o direito constitucional da União (tratados da UE) para o controle da autoadministração da UE (administração da União) (2) e responde-se à pergunta: de quais princípios constitucionais resulta a necessidade de um controle suficientemente eficaz? As várias formas básicas (modos)

³ Veja em detalhes *Paul Craig*, *The fall and renewal of the Commission: accountability, contract and administrative organisation*, *European Law Journal* 6 (2000), p. 98 ss.

⁴ *Parlamento Europeu/Conselho/Comissão Europeia*, Declaração conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia sobre agências descentralizadas, 2012. Disponível em: http://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/joint_statement_and_common_approach_2012_de.pdf. Acesso em: 14 dez. 2016. p. 12 ss.

de controle administrativo são então explicadas (3), antes de finalmente se examinar dois casos problemáticos, nos quais se pode observar uma revogação crítica do controle do ponto de vista constitucional, a saber, a Agência Federal de Redes da Alemanha e as agências da UE (4).

1 Quadro de diretrizes ao controle da administração alemã de acordo com a Lei Fundamental

A seguir, deve ser apresentada uma visão geral do quadro de diretrizes para o controle da administração alemã de acordo com a Lei Fundamental.

***I Demokratieprinzip* [princípio da democracia] (art. 20, alíneas 1 e 2; art. 28, alínea 1, frase 1, GG)**

A necessidade de controle administrativo deriva principalmente do princípio da democracia (art. 20, alínea 2; art. 28, alínea 1, frase 1, GG).⁵ De acordo com o art. 20, alínea 2, frase 1, GG, toda autoridade do Estado vem do povo. Isso significa que todo exercício de poder estatal exige legitimação democrática, ou seja, a rastreabilidade ininterrupta de volta ao povo como sujeito da legitimação.⁶ Em princípio, é necessária uma legitimação pessoal e substantiva para isso, e também pode ser adicionada legitimação funcional e institucional (mencionando o poder ou o próprio corpo no texto constitucional).

Essas chamadas “vertentes de legitimação” devem resultar em um nível suficiente de legitimação ao avaliar a visão geral.⁷ O fator decisivo não é a forma de legitimação, mas a sua eficácia.⁸ Dessa maneira, as correntes individuais de legitimação podem se compensar e até substituir em casos individuais.⁹ A legitimação pessoal pressupõe que um funcionário seja eleito pelo povo (por exemplo, prefeitos de

⁵ *Wolfgang Kahl*, Conceito, funções e conceitos de controle, em: *Hossmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. ed., 2013, § 47 Rn. 64; compare com *BVerfG*, Urt. v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, *BVerfGE* 5, 85 (199); *Klaus F. Gärditz*, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, 2009, p. 500 ss.

⁶ Como base *Matthias Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, 1993, p. 138 ss.; *Winfried Kluth*, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, p. 353 ss.

⁷ *BVerfG*, sentença de 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, *BVerfGE* 83, 60 (72); *Ernst Thomas Emde*, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991, p. 328; *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 64.

⁸ *BVerfG*, sentença de 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, *BVerfGE* 93, 37 (67); Urt. v. 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, *BVerfGE* 107, 59 (87); *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 64.

⁹ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 64; *ders.*, *Die Staatsaufsicht*, 2000, p. 481 m.z.w.N., também para visão contrária, aqui como *Jestaedt*, *Demokratieprinzip* (Fn. 6), p. 283 ss.; *Kluth*, *Selbstverwaltung* (Fn. 6), p. 366 f.

municípios, conselheiros distritais de distritos rurais) ou – como regra, os funcionários públicos “comuns” nos níveis local, estadual ou federal – com o povo (pessoas da comunidade, pessoas do estado, pessoas federais). Isso é conectado por uma cadeia ininterrupta de nomeações por autoridades públicas que no final pode ser rastreada até um órgão (Parlamento) diretamente eleito pelo povo¹⁰ (chamado modelo de legitimação em cadeia).¹¹

Quando se trata de controlar a administração, principalmente relevante é a legitimação *democrática factual e substantiva*. Trata-se de garantir que as pessoas tenham influência suficiente sobre o conteúdo do exercício da autoridade pelo Estado.¹² No caso da administração, esta é garantida *primeiramente* pelo efeito diretivo da lei parlamentar;¹³ aqui se aplica isto: quanto mais precisos e densos os requisitos da lei parlamentar para ação administrativa, maior o efeito legitimador, mas também vice-versa – quanto mais a lei se limita a uma mera programação final e deixa espaço para manobra da administração (discrição, julgamento, planejamento ou medidas regulatórias), tanto menor é a legitimidade que ela emite. *Segundo*, a legitimação factual é transmitida pelo fato de o governo ser responsável perante o Parlamento pelas ações de suas autarquias subordinadas.¹⁴ Para poder cumprir essa responsabilidade, o governo precisa ter influência e controle suficientes sobre as autoridades administrativas (especificamente: o ministro responsável *vis-à-vis* “suas” autarquias subordinadas e funcionários públicos).¹⁵ Portanto, a legitimação substantiva, como *Horst Dreier* demonstrou fundamentalmente em sua tese de habilitação, é transmitida na administração hierarquicamente estruturada (ministerial) como

¹⁰ BVerfG, sentença de 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (67); *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, A democracia como princípio constitucional, em: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. ed., 2004, § 24 Rn. 16; *Kahl*, Staatsaufsicht (Fn. 9), p. 481.

¹¹ BVerfG, sentença de 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (72 f.); *Wolfgang Kahl*, Princípios básicos do direito administrativo numa perspectiva europeia: Alemanha, em: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. V, 2014, § 74 Rn. 94; *Karl-Peter Sommermann*, em: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. II, 6. ed., 2010, art. 20 Rn. 164.

¹² *Bernd Grzeszick*, em: Maunz/Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. III, 78. Edição complementar (setembro 2016), art. 20 II. Abschnitt Rn. 122; do mesmo modo *Jestaedt*, *Demokratieprinzip* (Fn. 6), p. 270.

¹³ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 65; veja p/ tanto *Sebastian Müller-Franken*, *Maßvolles Verwalten*, 2004, p. 51 ss.

¹⁴ *Böckenförde*, *Demokratie* (Fn. 11), Rn. 21; *Grzeszick* (Fn. 12), Rn. 122.

¹⁵ *S. Frauke Brosius-Gersdorf*, *Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip*, 1997, p. 45 f.; *Grzeszick* (Fn. 12), Rn. 122; *Sandra Köller*, *Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation*, 2009, p. 143.

o modelo básico da Lei Fundamental, sobretudo por meio dos direitos ministeriais de emitir diretrizes e do Instituto de Supervisão (supervisão técnica e legal);¹⁶ o controle administrativo – em resumo – correlaciona-se à responsabilidade parlamentar do governo.¹⁷

Entretanto, a teoria pluralista de legitimação que hoje está avançando na Alemanha reconhece outras formas de legitimação e controle, além dessas linhas clássicas de legitimação.¹⁸ Pode, p. ex., agir sobre o autocontrole (p. ex., sob a forma do direito do prefeito de se opor a decisões do conselho municipal), bem como controles do público (participação em processos; direitos de ação; transparência, principalmente em relação ao acesso a informações administrativas) ou do Tribunal de Contas.¹⁹ Esses fatores adicionais de legitimação devem ser levados em consideração ao avaliar se existe um nível suficiente de legitimação, além da legitimação pessoal e da substantiva,²⁰ que apenas pode complementá-las, e não substituí-las.²¹

II Princípio do Estado de direito (art. 20, alínea 3; art. 28, alínea 1, frase 1, GG)

No entanto, o controle efetivo não é apenas uma proposta do princípio da democracia, mas também do Estado de direito (art. 20, alínea 3; art. 28, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental).²² Um subprincípio central desse princípio é a primazia da lei (art. 20, alínea 3, GG) como um dos dois pilares da legalidade da administração (além da ressalva da lei, também ancorada no art. 20, alínea 3, GG).²³ Por um lado, a

¹⁶ *Horst Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, p. 129 ss.; seguindo isso também *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 65; *ders.*, Staatsaufsicht (Fn. 9), p. 483; compare também *Böckenförde*, Demokratie (Fn. 11), Rn. 21.

¹⁷ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 63; relacionado, compare com *Martin Nolte*, Kontrolle als zentrales Element unseres Verfassungsstaats, em: *ders.* (Hg.), Kontrolle im verfassten Rechtsstaat, 2002, p. 11 (12).

¹⁸ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 66 m.z.w.N.; *o mesmo*, Staatsaufsicht (Fn. 9), p. 485 s.

¹⁹ *Kahl*, Staatsaufsicht (Fn. 9), p. 485, 491; para tanto, compare *Hans-Heinrich Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, p. 474 ss., 481 ss.

²⁰ *Kahl*, Staatsaufsicht (Fn. 9), p. 491 Fn. 117, 492; *o mesmo*, Controle legal e do mérito em situações transfronteiriças, em: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI, 3. ed., 2013, § 253 Rn. 34; compare também *Dirk Ehlers*, Europäisches Recht und Verwaltungsrecht, em: *ders./Pünder* (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. ed., 2016, § 5 Rn. 65.

²¹ Compare *Kahl*, Staatsaufsicht (Fn. 9), p. 492; *ders.*, Rechts- und Sachkontrolle (Fn. 20), Rn. 34; *Janbernd Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, p. 12 ss., 125 s.

²² Veja, por muitos, *Klaus F. Gärditz*, em: *Friauf/Höfling* (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, 51. Ergänzungslieferung (agosto 2016), C art. 20 (6. Teil) Rn. 89; *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 68 m.w.N.

²³ *Kahl*, Staatsaufsicht (Fn. 9), p. 493; veja adicionalmente *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 32. ed., 2016, Rn. 304; *Sommermann* (Fn. 10), Rn. 270.

primazia da lei declara que a vontade do Estado expressa pelo Parlamento na forma da lei tem precedência sobre qualquer outra expressão da vontade do Estado.²⁴ Por outro lado, ela expressa o fato de que toda autoridade pública e, portanto, também a administração no exercício de seus poderes estão totalmente vinculadas à lei aplicável (“nenhuma ação contra a lei”).²⁵

Mas o art. 20, alínea 3, da Lei Fundamental também dá origem à obrigação de fornecer mecanismos vinculativos de execução e precauções organizacionais para garantir que a administração esteja vinculada por lei.²⁶ Nesse contexto, o controle dos tribunais administrativos é um instrumento indispensável (art. 19, alínea 4, GG).²⁷ Porém, devido ao seu *design* básico como proteção jurídica individual, a qual pressupõe a afirmação de uma infração em seus próprios direitos públicos subjetivos (compare apenas §§ 42, alínea 2; 47, alínea 2, frase 1; 113, alínea 5, frase 1, VwGO), não basta garantir uma verificação objetiva da legalidade. Portanto, além do controle judicial, há uma necessidade de supervisão (legal) da administração.²⁸ Seu objetivo é garantir a *racionalidade (correção constitucional)* do Estado de direito das decisões administrativas.²⁹ A racionalidade significa, primariamente, correção legal (legalidade), mas vai além disso e se estende à capacidade de resolver problemas das decisões como um todo.³⁰ Para os representantes da “Nova Lei Administrativa”,³¹ isso resulta da interação do padrão de legalidade com outros padrões de ação administrativa, como economia

²⁴ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 3. ed., 1924, p. 68; do mesmo modo BVerfG, sentença de 06.05.1958, 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57, BVerfGE 8, 155 (169); Peter Badura, *Staatsrecht*, 6. ed., 2015, Rn. D 55.

²⁵ Degenhart, *Staatsrecht* (Fn. 23), Rn. 310; Hans D. Jarass, em: ders./Pieroth, *Grundgesetz, Kommentar*, 14. ed., 2016, art. 20 Rn. 41.

²⁶ Gärditz, em: Friauf/Höfling (Fn. 22), Rn. 88; Kahl, *Staatsaufsicht* (Fn. 9), p. 494.

²⁷ Nolte, *Kontrolle* (Fn. 17), p. 16; compare também Karl-Ulrich Meyn, *Kontrolle als Verfassungsprinzip*, 1982, p. 320, 326 s., 342; Oebbecke, *Weisungsfreie Räume* (Fn. 21), p. 134.

²⁸ Mais detalhado em Kahl, *Staatsaufsicht* (Fn. 9), p. 494 ss.; veja também Gärditz, em: Friauf/Höfling (Fn. 22), Rn. 88.

²⁹ Kahl, *Rechts- und Sachkontrolle* (Fn. 20), Rn. 36 m.w.N.; Krebs, *Kontrolle* (Fn. 1), p. 36, 50; Andreas Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993, p. 262, 264. Compare também Helmuth Schulze-Fielitz, *A racionalidade como regra de direito para o legislador organizacional*, em: *Publicação comemorativa para Klaus Vogel*, 2000, p. 311 (322).

³⁰ BVerfG, sentença de 16.01.1963 – 1 BvR 316/60, BVerfGE 15, 256 (265); sentença de 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, BVerfGE 68, 1 (86); Kahl, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 69.

³¹ Sobre “Nova Lei Administrativa” s. Andreas Voßkuhle, *Nova Lei Administrativa*, em: Schmidt-Aßmann/Hossmann-Riem/mesmo (editor), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. ed., 2012, § 1.

(eficiência), aceitabilidade, correção no tempo, abertura à inovação, flexibilidade e implementabilidade.³²

III Separação de poderes (art. 1º, alínea 3; art. 20, alínea 2, frase 3, GG)

O princípio norteador do controle não é apenas a legitimidade democrática e a racionalidade do Estado de direito dos atos administrativos, mas também a coordenação do poder do Estado, o qual é distribuído apenas no exercício, mas em sua origem uniforme (ver art. 20, alínea 2, GG).³³ Nesse sentido, o controle é uma forma e uma consequência do princípio da separação horizontal de poderes,³⁴ segundo o qual o poder estatal é dividido entre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial (art. 1º, alínea 3; art. 20, alínea 2, frase 2, e alínea 3, GG). A separação de poderes visa a inibir e moderar a violência estatal (“pesos e contrapesos”) e impedir o abuso de poder no interesse de garantir a liberdade individual.³⁵

Controle é o termo genérico para todas as formas de moderação e domesticação.³⁶ Ele serve para criar constelações de poder e contrapoder, monitorando o poder por outra organização institucional fora desse poder contrastante.³⁷ Por isso, o princípio da separação de poderes é a base dos controles externos fora da administração (controle parlamentar e judicial, controle financeiro).³⁸

³² Fundamentalmente *Wolfgang Hossmann-Riem*, Lei de procedimentos administrativos e procedimentos administrativos – esboço introdutório dos problemas, em: o mesmo/Schmidt-Aßmann (editor), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, p. 9 (26 ss.); compare também *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 69.

³³ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 70; *ders.*, *Staatsaufsicht* (Fn. 9), p. 408; *Walter Krebs*, *Organização administrativa*, em: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3. ed., 2007, § 108 Rn. 46.

³⁴ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. p. 71; *o mesmo*, *Rechts- und Sachkontrolle* (Fn. 20), Rn. 37. Referente à relação entre controle e separação de poderes, veja também *BVerfG*, *Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69*, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69, *BVerfGE* 30, 1 (28); *Ulrich Scheuner*, Considerando que o controle do poder do Estado no Estado democrático, 1970, p. 28 ss.; sobre o fato de o princípio da separação de poderes não ser apenas um subprincípio do Estado de direito, mas um princípio constitucional independente e abrangente que sistematicamente se equipara ao princípio da democracia e ao Estado de direito, veja *Jarass*, em: *ders./Pieroth* (Fn. 25), art. 20 Rn. 32 m.w.N.*ders.*

³⁵ Texto clássico: *Charles de Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, Bd. I, 1748 (editado por Ernst Forsthoss, 1992), XI 2 – 4, p. 6. Para tanto, compare *BVerfG*, sentença de 28.11.1957 – 2 BvL 11/56, *BVerfGE* 7, 183 (188); *Hans D. Jarass*, *Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, 1975, p. 5 s.; *Krebs*, *Kontrolle* (Fn. 1), p. 11.

³⁶ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 71; *ders.*, *Staatsaufsicht* (Fn. 9), p. 409; veja também *Nolte*, *Kontrolle* (Fn. 17), p. 16 s.

³⁷ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. p. 71; *o mesmo*, *Rechts- und Sachkontrolle* (Fn. 20), Rn. 38.

³⁸ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 71; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Controle administrativo: esboço introdutório do problema*, em: *mesmo/Hossmann-Riem* (editor), *Verwaltungskontrolle*, 2001, p. 9 (36).

Além disso, o controle também se refere à atribuição funcional e apropriada de órgãos da soberania governamental no Estado,³⁹ com o propósito de alcançar o interesse público mais comum possível.⁴⁰ Nesse sentido, correção constitucional, racionalidade e eficiência são os principais motivos.⁴¹ Esse princípio de distribuição funcional de poder também pode ser aplicado à área de controle administrativo (os chamados controles intra-administrativos, p. ex., na relação interna entre dois órgãos de um município ou uma universidade).⁴²

2 Quadro de diretrizes para o controle da administração europeia segundo o direito constitucional da União

Os tratados da União Europeia (Tratado sobre a União Europeia [TUE] e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [TFUE]) como constituição no sentido⁴³ funcional (não formal) também podem ser usados para determinar requisitos para o controle da administração europeia.

I Princípio de democracia (art. 2º, frase 1; art. 10, TUE)

Tal como seus Estados-membros, a UE compromete-se no preâmbulo do Tratado da UE e no art. 2º, frase 1, e no art. 10, TUE, com o valor ou o princípio da democracia, que é o principal ponto de partida para a justificação constitucional da exigência de controle também na área de autoadministração da UE. Uma vez que os órgãos administrativos da União exercem soberania na área de aplicação administrativa direta, suas ações devem ser legitimadas democraticamente, mesmo sob o direito constitucional da União.⁴⁴ Novamente, é necessário um

³⁹ Como fundamento ao princípio de uma estrutura funcional de órgãos como expressão do princípio de separação de poderes, *Otto Küster*, *Das Gewaltenproblem im modernen Staat*, AöR 75 (1949), p. 397 (402 f.); em conexão a isso, BVerfG, sentença de 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, BVerfGE 68, 1 (86); *Thomas von Danwitz*, *Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur*, *Der Staat* 35 (1996), p. 329 (334 ss.).

⁴⁰ *Kahl*, *Rechts- und Sachkontrolle* (Fn. 20), Rn. 39; *Krebs* *Kontrolle* (Fn. 1), p. 37.

⁴¹ *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 72; compare com *Hans H. von Arnim*, *Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 1984, p. 500.

⁴² *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. p. 72; *o mesmo*, *Rechts- und Sachkontrolle* (Fn. 20), Rn. 39.

⁴³ *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast*, *A abordagem constitucional e o direito da União*, em: *o mesmo* (editor), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. ed., 2009, p. 1 (1 ss.); vgl. *zudem Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Princípios constitucionais para a associação administrativa europeia*, em: *Hossmann-Riem/ders./Vofkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. ed., 2012, § 5 Rn. 10 ss.

⁴⁴ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. ed., 2006, p. 399; *Jörg Philipp Terhechte*, *Introdução para: mesmo editor, Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, § 1 Rn. 28.

nível suficiente de legitimação.⁴⁵ O ponto de partida é dado pelo art. 10, alíneas 1 e 2, TUE, em que a UE se compromete com uma democracia representativa dualista.⁴⁶ Por um lado, a legitimação é mediada pelo Parlamento Europeu, o qual é diretamente legitimado com base na sua eleição direta pelos cidadãos da União (art. 20, TFUE; art. 10, alínea 2, subparágrafo, TUE); por outro lado, por meio dos representantes dos Estados-membros no Conselho Europeu, os quais, por sua vez, são democraticamente responsáveis perante o seu parlamento nacional ou com os seus cidadãos (art. 10, alínea 2, subparágrafo 2, TUE). Essas duas linhas de legitimação se complementam (conceito dualista de legitimação).⁴⁷

Com base na decisão da União por uma democracia representativa, que se baseia no princípio norteador de que as decisões são tomadas por representantes eleitos e politicamente responsáveis⁴⁸ e no desenho da estrutura dualista de legitimidade do art. 10, alínea 2, TUE, evidencia-se que o princípio da democracia sob o direito da União para estabelecer legitimação democrática não apenas leva à derivação (p. ex., por meio de eleições), mas também à responsabilidade (p. ex., por meio da prestação de contas, compare art. 10, alínea 2, subparágrafo 2, TUE) dos sujeitos da legitimação.⁴⁹ Estes últimos não se limitam a uma transferência de responsabilidade única, mas requerem que todos os órgãos, organismos e demais instituições da UE que exercem soberania sejam vinculados aos cidadãos da União representados. Esse *feedback* – como no nível nacional (veja acima, 1.I) – apenas pode ser assegurado por controles eficazes.⁵⁰ Portanto, a fim de garantir a legitimidade demo-

⁴⁵ Compare *Enrico Peuker*, *Bürokratie und Demokratie in Europa*, 2011, p. 158, 169, 178; semelhante *Eckhard Pache*, *Verantwortung und Essizienz in der Mehrebenenverwaltung*, VVDStRL 66 (2007), p. 106 (139).

⁴⁶ *Thomas Groß*, *Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung*, 2015, p. 80 f.; *Schmidt-Aßmann*, *Verfassungsprinzipien* (Fn. 43), Rn. 60.

⁴⁷ *Peter M. Huber*, em: Streinz (editor), *EUV/AEUV*, 2. ed., 2012, art. 10 EUV Rn. 26, 33; *Martin Nettesheim*, em: Grabitz/Hilf/mesmo (editor), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. I, 59. Edição complementar (setembro 2016), art. 10 II. 40.

⁴⁸ *Tünde Fülöp*, em: Mayer/Stöger (editor), *EUV/AEUV*, 189. Ergänzungslieferung (junho 2016), art. 10 EUV Rn. 3; *Hube*, em: Streinz (Fn. 47), Rn. 21.

⁴⁹ Compare *Klaus F. Gärditz*, *Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen*, AöR 135 (2010), p. 251 (277); *Kirsten Weißgärber*, *Die Legitimation unabhängiger europäischer und nationaler Agenturen*, 2016, p. 204.

⁵⁰ Compare *Peuker*, *Bürokratie* (Fn. 45), p. 172; *Utz Schliesky*, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, p. 700, 711 s.; *Weißgärber*, *Legitimation* (Fn. 49), p. 204.

crática da administração europeia, sua responsabilidade constitucional perante os órgãos democraticamente legitimados (principalmente o Parlamento Europeu, mas também a Comissão) ou os cidadãos da União deve ser garantida como sujeitos legítimos,⁵¹ e é por isso que são necessárias opções suficientes de controle.⁵²

A União também está comprometida com uma democracia participativa, transparente (aberta) e próxima do cidadão (veja, p. ex., art. 1º, alínea 2; art. 10, alínea 3, frase 2; art. 11, TUE; art. 15; art. 298, alínea 1, TFUE). Essa orientação torna o grande público uma forma de controle administrativo muito mais poderosa do que na Alemanha.⁵³ Os processos de tomada de decisão administrativa não operam mais no arcano, mas são transparentes e, portanto, controláveis pelo indivíduo por meio de sua esfera pública (transparência).⁵⁴ Além disso, é aberta ao público a oportunidade de participar de procedimentos administrativos como parte de uma “boa administração” (compare art. 41, alínea 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da UE [GRCh]) e de ter acesso a documentos (art. 42, GRCh; art. 15, TFUE) (segundo o direito da UE, tanto a participação quanto a liberdade de informação estão ancoradas não apenas no Estado de direito, mas também e principalmente no princípio da democracia).⁵⁵

II Princípio do Estado de direito (art. 2º, frase 1, TUE)

A União também está comprometida com o princípio do Estado de direito (art. 2º, frase 1, TUE), a partir do qual – como visto (veja acima, 1.II) – também segue o princípio do controle administrativo efetivo. A União, como comunidade de direito, está vinculada à lei que ela cria.⁵⁶ O ponto central é o princípio da legitimação administrativa no âmbito

⁵¹ Compare *Dorothee Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, p. 188, 205; *Gärditz*, Regulierungsverwaltungsrecht (Fn. 49), p. 277; *Weißgärber*, Legitimation (Fn. 49), p. 243.

⁵² Compare também *Martin A. Steger*, Zur Verselbstständigung von Unionsagenturen, 2015, p. 222 f.; semelhante *Michael H. Koch*, Die Externalisierungspolitik der Kommission, 2004, p. 127.

⁵³ Compare *Schmidt-Aßmann*, Verfassungsprinzipien (Fn. 43), Rn. 87; além disso *Groß*, Legitimation (Fn. 46), p. 112.

⁵⁴ *Cornelia Manger-Nestler*, EU-Agenturen als Ausdruck des europäischen Demokratiemangels?, ZEuS 2015, p. 315 (338).

⁵⁵ Compare *Christian Calliess/Moritz Hartmann*, Zur Demokratie in Europa, 2014, p. 93; *Klaus F. Gärditz*, Die Verwaltungsdimension des Lissabon-Vertrags, DÖV 2010, 453 (457 s.).

⁵⁶ *Jörg Philipp Terhechte*, Direito administrativo europeu e direito constitucional europeu, em: o mesmo (editor), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 7 Rn. 25.

da União,⁵⁷ segundo o qual a administração europeia só pode agir com base e dentro dos limites da legislação aplicável da União.⁵⁸ Para fazer cumprir essa obrigação legal, são necessários controles eficazes.⁵⁹ Nas palavras do Tribunal de Justiça Europeu (TJE), a UE representa uma “comunidade jurídica [...] na qual nem os Estados-membros, nem as instituições comunitárias estão além do controle sobre se suas ações estão em conformidade [...] com o Tratado [...]”.⁶⁰ É particularmente importante a possibilidade de obter proteção judicial contra atos ilegais do Executivo (compare também art. 47, GRCh; arts. 263, 340, TFUE).⁶¹ Assim, desde o Tratado de Lisboa, também existem opções explícitas de proteção legal para indivíduos contra as ações das agências europeias (compare art. 263, alínea 1, frase 2, TFUE). Adicionem-se também os instrumentos de controle extrajudicial para os cidadãos da União, como o direito de apresentar uma queixa à Comissão ou o direito de apresentar petições ao Parlamento Europeu (art. 44, GRCh; art. 24, TFUE). Por fim, existem outras instituições de controle que garantem a legalidade dos atos administrativos da União, como o Provedor de Justiça Europeu (art. 43, GRCh; art. 228, TFUE).⁶²

III Princípio do equilíbrio institucional

Devido à forte interação de poderes, particularmente entre o Legislativo e o Executivo, a divisão de funções na União não corresponde ao princípio clássico de separação de poderes.⁶³ No entanto, também é caracterizada por poderes mútuos de influência e controle entre os órgãos individuais;⁶⁴ a estrutura institucional da UE também é caracterizada por um sistema abrangente de “pesos e contrapesos”, o qual pode ser

⁵⁷ Veja sobre isso EuGH, Urt. v. 22.03.1961, verb. Rs. 42/59 e 49/59 (SNUPAT), Slg. 1961, 109 (172).

⁵⁸ *Stefanie Schmahl*, Estado de direito, em: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hg.), *Europarecht*, 3. ed., 2015, § 6 Rn. 36.

⁵⁹ Compare também *Gerard C. Rowe*, Supervisão administrativa de ações administrativas na União Europeia, em: Hofmann/Türk (Hg.), *Legal challenges in EU administrative law – towards an integrated administration*, Cheltenham u.a. 2009, p. 179 (184).

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 23.04.1986, Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339 Rn. 23.

⁶¹ Veja *Stelio Mangiameli*, em: Blanke/mesmo (editor), *The Treaty on European Union (TEU)*, 2013, art. 2 EUV Rn. 28.

⁶² Compare *Sven Hölscheidt*, em: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. III, 59. Edição complementar (julho 2016), art. 228 TFUV Rn. 6; *Huber*, em: Streinz (Fn. 47), art. 228 TFUV Rn. 3.

⁶³ *Klaus-Dieter Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. ed., 2015, Rn. 159 f.; *Katja Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, 2015, p. 57.

⁶⁴ *Michel*, Gleichgewicht (Fn. 63), p. 62; compare também *Weißgärber*, Legitimation (Fn. 49), p. 235.

descrito como um equilíbrio institucional.⁶⁵ Tal como na separação de poderes em âmbito nacional, isso leva ao fato de que o poder sindical é inibido e moderado pelos inúmeros controles mútuos.⁶⁶ Isso deve impedir a concentração e o abuso de poder.⁶⁷ O princípio do equilíbrio institucional constitui mais um ponto de partida constitucional no direito da União para a exigência de um controle administrativo mais eficaz por outro, numa relação de grande distância referente ao poder controlado (controle externo).

Além disso, existe também o princípio do equilíbrio institucional, favorecendo uma distribuição funcional do poder, sob cujo controle,⁶⁸ como já mencionado no âmbito do princípio da separação de poderes (veja acima, 1.III), também desempenha um papel importante.⁶⁹

Por fim, ao delegar poderes soberanos (p. ex., às agências da UE), o controle representa um pré-requisito essencial para manter o equilíbrio institucional,⁷⁰ pois isso evita uma mudança de responsabilidade que viola esse princípio.⁷¹ O TJE – Tribunal de Justiça Europeu – deixou isso claro nos casos *Meroni*. Entre outros pré-requisitos, ele considerou necessário que as instituições extracontratuais, às quais os poderes eram então delegados pela Alta Autoridade (agora: Comissão Europeia), pudessem ser “totalmente supervisionadas” e controladas pelo TJE.⁷²

3 Formas básicas de controle administrativo

A seguir, serão apresentadas as formas básicas (modos) de controle administrativo exigido pelo direito constitucional. Isso deve ser feito em vários níveis (na Alemanha e na UE).

⁶⁵ Veja *Calliess*, em: ders./Russert (Fn. 65), Rn. 9; *Daniel Riedel*, Die Gemeinschaftszulassung für Luftfahrtgerät, 2006, p. 271.

⁶⁶ *Dederer*, Gewaltenteilung (Fn. 65), p. 101; *Weißgärber*, Legitimation (Fn. 49), p. 237.

⁶⁷ Veja *Borchardt*, Grundlagen (Fn. 63), Rn. 160; *Hanna Goeters*, Das institutionelle Gleichgewicht – seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2008, p. 254.

⁶⁸ Compare *Alexander Fritzsche*, Ermessen und institutionelles Gleichgewicht, 2008, p. 139; *Juliane Hilf*, Dezentralisierungstendenzen in der Europäischen Union, 1999, p. 115; *Michel*, Gleichgewicht (Fn. 63), p. 88.

⁶⁹ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 38), p. 38.

⁷⁰ Veja também *Elizabeth Fischer*, The European Union in the age of accountability, OJLS 24 (2004), p. 495 (507); compare também *Hilf*, Dezentralisierungstendenzen (Fn. 69), p. 121.

⁷¹ *Calliess*, em: o mesmo/Russert (Fn. 65), Rn. 57; *Meinhard Hilf*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982, p. 318.

⁷² EuGH, Urt. v. 13.06.1958, Rs. 9/56 (*Meroni/Hohe Behörde*), Slg. 1958, 9 (40, 44); sentença de 13.06.1958, Rs. 10/56 (*Meroni/Hohe Behörde*), Slg. 1958, 51 (79, 81 f.).

I Controle parlamentar

O controle parlamentar – mencionado explicitamente no art. 45b, GG, e no art. 14, alínea 1, frase 2, TUE – estende-se na Alemanha a toda a administração subordinada à representação do povo, incluindo unidades administrativas independentes,⁷³ e, na UE, à Comissão e a suas instituições subordinadas e postos.⁷⁴ Normalmente, serve para esclarecer os fatos,⁷⁵ razão pela qual persegue regularmente o objetivo de obter informações e verificá-las pelo grande público.⁷⁶ Trata-se, principalmente, de um controle pontual relacionado a eventos que ocorrem, p. ex., com base em petições ou relatos da mídia.⁷⁷ Raramente são encontradas sanções. Tal situação consiste principalmente na possibilidade – não muito significativa, na prática⁷⁸ – de votos sem confiança no chanceler federal ou na Comissão (art. 67, GG; art. 17, alínea 8, TUE; art. 234, TFUE). Outros meios de controle incluem questões de direitos, audiências, debates públicos,⁷⁹ obrigações de apresentação de relatórios,⁸⁰ direitos de citação,⁸¹ de constituir comissões de inquérito (art. 44, GG; art. 226, TFUE) e, na UE, o Provedor de Justiça Europeu (art. 43, GRCh; art. 228, TFUE). Este último tem a tarefa de monitorar a administração quanto a queixas e informar o Parlamento Europeu sobre elas.⁸² Finalmente, o controle financeiro constitui uma parte fundamental do controle parlamentar; isso significa, acima de tudo, a possibilidade de se recusar a exonerar o governo ou a Comissão de sua gestão orçamentária.⁸³

⁷³ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 73; s. também *Günter Püttner*, Verwaltungslehre, 4. ed., 2007, § 21 Rn. 31.

⁷⁴ *Huber*, em: Streinz (Fn. 47), art. 14 EUV Rn. 7.

⁷⁵ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 74; *Püttner*, Verwaltungslehre (Fn. 74), Rn. 35.

⁷⁶ *Christoph Gusy*, Parlamentarische Kontrolle, JA 2005, p. 395 (397); *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 74; para a UE, compare *Roland Bieber*, em: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hg.), Europäisches Unionsrecht, 7. ed., 2015, art. 14 EUV Rn. 35 f.

⁷⁷ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 75; *Püttner*, Verwaltungslehre (Fn. 74), Rn. 30, 33; para a UE, compare *Bieber*, em: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 77), Rn. 40 f.; *Groß*, Legitimation (Fn. 46), p. 107.

⁷⁸ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 74; compare também *Roman Herzog*, em: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 78. Edição complementar (setembro 2016), art. 67 II. 13; para a UE veja *Hölscheidt*, em: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 62), art. 14 EUV Rn. 31; *Peuker*, Bürokratie (Fn. 45), p. 166; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 44), p. 400.

⁷⁹ Compare §§ 100 ss. GOBT; art. 230, alínea 2, AEUV; art. 128 ss. GOEP.

⁸⁰ Compare, p. ex., art. 233, 249, alínea 2, AEUV.

⁸¹ Art. 43, alínea 1, GG; art. 230, alínea 2, AEUV. Este último é controverso sobre se o direito de citação também pode ser inferido do direito de fazer perguntas, isso confirma a opinião provavelmente prevalente, compare *Huber*, em: Streinz (Fn. 47), art. 230 TFUV Rn. 6; *Markus Kotzur*, em: Geiger/Khan/ders., EUV/AEUV, 6. ed., 2017, art. 230 AEUV Rn. 9.

⁸² Compare art. 228, alínea 1, subparágrafo 2, AEUV.

⁸³ Compare art. 114, alínea 1, GG; § 114, BHO; § 47, HGrG; art. 319, TFUV; art. 164 ss., EHO.

II Controle financeiro

Se, em princípio, toda área de ação soberana exige controle efetivo por razões de Estado de direito, democracia e separação de poderes, isso se aplica principalmente a ações financeiramente eficazes.⁸⁴ A importância dos controles financeiros continua a crescer em função do crescimento do orçamento nacional e europeu, do aumento da dívida pública (com limites simultâneos de dívida constitucional) e do aumento da autonomia financeira da UE.⁸⁵ Além dos controles financeiros parlamentares e administrativos (p. ex., oficiais de orçamento [§ 9º, Código Federal do Orçamento – BHO] de auditores nacionais e internos no âmbito da UE [art. 98 e seguintes, Regulamento Financeiro Europeu – EHO]), os escritórios de auditoria são as instâncias centrais do controle financeiro externo.⁸⁶ Estes recebem a sua legitimidade democrática funcional e institucional diretamente de sua menção na Constituição,⁸⁷ sendo caracterizados pela independência de seus membros.⁸⁸ O assunto da auditoria é toda a gestão orçamentária e econômica da Confederação, bem como todas as receitas e as despesas da União.⁸⁹ Os padrões de controle formam a regularidade, a legalidade e a economia.⁹⁰ Esses são controles subsequentes (repressivos) regulares, mas também são possíveis os controles que acompanham as verificações em andamento.⁹¹ As auditorias do Tribunal de Contas resultam apenas em um (entre outros) relatório a ser submetido aos parlamentos; portanto, ele não tem potencial imediato de sanção legal,⁹² o que também é a principal razão de sua fraqueza quanto ao controle.

⁸⁴ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 81; idêntico para a UE *Groß*, Legitimation (Fn. 46), p. 108.

⁸⁵ Compare *Dieter Birk*, Steuerung der Verwaltung durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, DVBl 1983, p. 865 (866 s.); *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 81; p/ a UE compare *Bieber*, em: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 77), Art. 285 AEUV Rn. 5; *Christian Waldhoss*, em: Callies/Russert (editor), EUV/AEUV, 5. ed., 2016, Art. 285 AEUV Rn. 1.

⁸⁶ *Rainer Graf*, Die Finanzkontrolle der Europäischen Gemeinschaft, 1999, p. 25; *Herwig C. H. Hofmann/Gerard C. Rowe/Alexander H. Türk*, Administrative law and policy of the European Union, 2011, p. 729.

⁸⁷ Art. 114, alínea 2, GG; art. 13, alínea 1, EUV; art. 285 ss., AEUV.

⁸⁸ Compare art. 114, alínea 2, frase 1, GG; § 1º, frase 1, BRHG; art. 285, alínea 2, frase 2, AEUV.

⁸⁹ Para a Alemanha, veja § 88, alínea 1, BHO; § 42, alínea 1, HGrG; para a UE, art. 287, alíneas 1 e 2, AEUV.

⁹⁰ Compare art. 287, alínea 2, subparágrafo 1, AEUV; art. 114, alínea 2, frase 1, GG, no qual a legalidade é vista como parte da regularidade lá listada, compare *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 44), p. 235 m.w.N.

⁹¹ *Püttner*, Verwaltungslehre (Fn. 74), Rn. 42.

⁹² Compare art. 287, alínea 4, AEUV; §§ 96 s., BHO; *Püttner*, Verwaltungslehre (Fn. 74), Rn. 45; para a UE, compare *Stefan Kadelbach*, Controle administrativo no sistema multinível da Comunidade Europeia, em: Schmidt-Aßmann/Hossmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, p. 205 (220).

III Autocontrole

Uma parte importante do controle administrativo é o autocontrole, o qual ocorre dentro do poder do Estado (nesse caso, a administração) e, portanto, também pode ser chamado de controle *intra*-administrativo. O autocontrole da administração pode ser feito por sua própria iniciativa ou externamente (p. ex., por causa de um estímulo dos cidadãos ou da mídia).⁹³ O mais importante na Alemanha é a supervisão, pois esta contribui decisivamente para a realização do princípio da democracia e do Estado de direito (veja acima, 1.I, II).⁹⁴ Acima de tudo, ela registra os padrões de legalidade (supervisão legal) e adequação (supervisão especializada). Além das instruções, as ferramentas de ação representam ferramentas de supervisão preventivas (p. ex., reserva e aprovação) e repressivas (p. ex., reclamação).⁹⁵ Além disso, existem autocontroles da administração na forma de recursos legais e procedimentos de reclamações (p. ex., procedimentos de oposição, reclamações oficiais).⁹⁶ Existe também um número crescente de câmaras de recurso internas ou procedimentos de recurso perante a Comissão na autoadministração da UE.⁹⁷ Além dos controles financeiros internos já mencionados, os controles internos também podem ser executados por executivos (especiais) (p. ex., oficiais de proteção de dados)⁹⁸ ou por independentes, mas ainda assim integrados à estrutura administrativa.⁹⁹ Um exemplo disso é o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), responsável pelos controles administrativos internos para combater a fraude e a corrupção.¹⁰⁰

⁹³ *Stephanie Schiedermaier*, Autocontroles na administração, em: Hossmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. ed., 2013, § 48 Rn. 13 f.

⁹⁴ Compare *Kahl*, *Grundzüge* (Fn. 10), Rn. 101; *Schiedermaier*, *Selbstkontrollen* (Fn. 94), Rn. 102.

⁹⁵ *Stefan U. Pieper*, *Aufsicht*, 2006, p. 422 f., 428 ss., 432 ss.; *Schiedermaier*, *Selbstkontrollen* (Fn. 94), Rn. 11 f.

⁹⁶ *Schiedermaier*, *Selbstkontrollen* (Fn. 94), Rn. 29 ss.; *Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungskontrolle* (Fn. 38), p. 19.

⁹⁷ Há uma junta de apelação interna, p. ex., na Agência Europeia para a Segurança da Aviação, veja o art. 40 ss. Regulamento (EG) n° 216/2008 v. 20.02.2008, ABl. EU 2008, n° L 79, p. 1; para uma denúncia à Comissão contra atos de agências de execução, veja o art. 22 Regulamento (EG) n° 58/2003 v. 19.12.2002, ABl. EG 2003, n° L 11, p. 1.

⁹⁸ Compare, p. ex., §§ 22 ss., BDSG; art. 41 ss., Regulamento (EG) n° 45/2001, de 18.12.2000, ABl. EG 2001, n° L 8, p. 1.

⁹⁹ Para tanto, veja *Schiedermaier*, *Selbstkontrollen* (Fn. 94), Rn. 55 ss.; também *Kahl*, *Grundzüge* (Fn. 10), Rn. 140.

¹⁰⁰ Decisão fundadora da Comissão de 28.04.1999 (1999/352/EG, EGKS, Euratom), ABl. EG 1999, n° L 136, frase 20; Regulamento (EU, EURATOM) n° 883/2013, de 11.09.2013, sobre as investigações do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), ABl. EU 2013, n° 248, frase 1; veja também *Kahl*, *Kontrolle* (Fn. 5), Rn. 198.

IV Controle judicial

A forma prática mais importante de controle administrativo é o controle judicial, o qual atua como uma contrafunção no sentido do princípio da separação de poderes (“pesos e contrapesos”).¹⁰¹ Em nível nacional, está enraizado no art. 19, alínea 4, frase 1, GG; no âmbito da União, no art. 2º, alínea 1 (Estado de direito), em conjunto com o art. 19, alínea 1, TUE, e o art. 47, GRCh. Ele tem por meta garantir a legalidade dos atos administrativos (veja acima 1.II, 2.II)¹⁰² e dar proteção jurídica efetiva.¹⁰³ O controle judicial é um controle subsequente iniciado externamente e com potencial de sanção (p. ex., revogação [a chamada cassação] de uma decisão administrativa), que é baseada apenas na legalidade¹⁰⁴ como medida de controle.¹⁰⁵ Os padrões de controle individual do controle judicial nacional e sindical são semelhantes, porém não são idênticos. Embora a legislação da União Europeia tenha uma abordagem mais ampla que a lei alemã (a assim chamada teoria das normas de proteção), ela é mais restritiva em relação à densidade (material) de controle, pois reconhece a descrição administrativa em maior extensão e – p. ex., na legislação ambiental – mais fortemente em considerações processuais conjuntas (proceduralização).¹⁰⁶

V Controle público

Se comparados com os controles estatais institucionalizados e legalmente formados, os controles públicos parecem um tanto amorfos.¹⁰⁷ Isso já pode ser visto no conceito pouco claro de público em si, mas também nos diversos portadores potenciais do público (mídia, especialistas, partes interessadas, associações, pessoas afetadas, aquelas

¹⁰¹ Compare art. 97, GG; art. 19, alínea 2, subparágrafo 3, EUV; art. 253, alínea 1, AEUV; *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 127.

¹⁰² *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 129; para tanto compare *Nolte*, Kontrolle (Fn. 17), p. 16; para a UE, veja *Rudolf Geiger*, em: ders./Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. ed., 2017, art. 19 EUV Rn. 10.

¹⁰³ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 129; compare também *Friedrich Schoch*, Controles administrativos judiciais, em: Hossmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. ed., 2013, § 50 Rn. 2; para a UE, compare *Huber*, em: Streinz (Fn. 47), Art. 19 EUV Rn. 11.

¹⁰⁴ *Friedhelm Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. ed., 2016, § 1 Rn. 44; *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 128.

¹⁰⁵ Compare art. 19, alínea 1, subparágrafo 1, p. 2, EUV; art. 20, alínea 3, GG; § 113, alínea 1, frase 1, alínea 5, frase 1, VwGO; *Kahl*, Rechts- und Sachkontrolle (Fn. 20), Rn. 28; compare também *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 38), p. 20.

¹⁰⁶ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 44), p. 395.

¹⁰⁷ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 44), p. 236; assim também *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 136.

especialmente afetadas, vizinhos, público em geral/sociedade civil).¹⁰⁸ Podem ser considerados critérios de controle público o jurídico e a conveniência, mas também requisitos políticos, econômicos e até mesmo morais.¹⁰⁹ O fornecimento e o acesso à informação são pré-requisitos essenciais ao controle efetivo da administração por meio do público.¹¹⁰ A UE está provando ser pioneira nesse sentido, pois consagrou explicitamente o direito de acesso às informações nos termos do direito primário (art. 15, alínea 3, TFUE; art. 42, GRCh), o qual abrange não apenas as instituições da União (art. 13, alínea 2, TUE), mas também todas as instituições e outros órgãos da UE (p. ex., agências, escritórios, comitês), incluindo toda a autoadministração da UE.¹¹¹ Na Alemanha, que tradicionalmente adota uma política administrativa arcana (não pública), devido às influências do direito da UE, existe agora também uma publicidade administrativa em desenvolvimento,¹¹² mesmo que ainda não tenha atingido o nível da Lei Fundamental (segundo a opinião predominante, segue o direito fundamental à liberdade de informação de acordo com o art. 5º, § 1º, frase 1, cláusula 2, da Lei Fundamental, sem direito de acesso a dados oficiais). A consciência resultante dessa observação pode ter um efeito disciplinar na administração.¹¹³ Além disso, o controle público tem uma importante função para dar o impulso inicial. Por exemplo, o público pode iniciar o escrutínio parlamentar usando o direito de petição (art. 17, GG; art. 44, GRCh; art. 227, TFUE) ou o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu (art. 43, GRCh; art. 228, TFUE).¹¹⁴ Concluindo, a participação do público no processo administrativo (p. ex., audição, inspeção de arquivos, justificativa [veja

¹⁰⁸ Compare *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 135; *Püttner*, Verwaltungslehre (Fn. 74), Rn. 73; introdutório *Arno Scherzberg*, Controle público, em: Hossmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. ed., 2013, § 49 Rn. 47 ss.

¹⁰⁹ *Helge Rossen-Stadtfeld*, Função de controle do público, em: Schmidt-Abmann/Hossmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, 2001, p. 117 (154); *Scherzberg*, Össentlichkeitskontrolle (Fn. 109), Rn. 64.

¹¹⁰ *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, 2011, Rn. 274; *Weißgärber*, Legitimation (Fn. 49), p. 304.

¹¹¹ Compare *Gärditz*, Verwaltungsdimension (Fn. 55), p. 460; para aqueles sujeitos à reivindicação, veja também *Martin Gellermann*, em: Streinz (editor), EUV/AEUUV, 2. ed., 2012, Art. 15 AEUUV Rn. 7.

¹¹² Veja, p. ex., as reivindicações de informações segundo § 1º da Lei de Liberdade de Informação (IFG) ou leis estaduais correspondentes, § 3º da Lei de Informação Ambiental (UIG) ou leis estaduais correspondentes e § 2º da Lei de Informação do Consumidor (VIG); para tanto *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 137; detalhadamente sobre o assunto *Rossen-Stadtfeld*, Össentlichkeit (Fn. 110), p. 121 ss.

¹¹³ *Kadelbach*, Verwaltungskontrolle (Fn. 93), p. 220.

¹¹⁴ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 243; veja também *Hofmann/Rowe/Türk*, Administrative law (Fn. 87), p. 680 f.

art. 41, alínea 2, GRCh]) também possui considerável potencial de controle.¹¹⁵

4 Déficits de controle em uma organização administrativa diferenciada

Já faz algum tempo que as tarefas administrativas são cada vez mais realizadas por autoridades e agências independentes, em âmbito nacional e europeu, na realidade administrativa. Isso levanta questões relacionadas à existência de controles suficientes sobre essas unidades administrativas que atendem aos requisitos constitucionais. Na sequência, essas perguntas serão examinadas com base em dois exemplos, a saber, a Agência Federal de Rede (para o âmbito nacional) e as agências da UE (para o âmbito europeu).

I Agência Federal de Rede

Um exemplo importante para o estabelecimento de uma autoridade independente na Alemanha é a Agência Federal de Rede de Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Ferrovias (BNetzA). Trata-se de uma autoridade superior federal independente segundo o art. 73, alínea 1, nº 7, o art. 74, alínea 1, nºs 11, 23, e o art. 87, alínea 3, GG, a qual foi criada na divisão do Ministério Federal de Assuntos Econômicos e Energia (com sede em Bonn). Ela tem a tarefa de garantir acesso não discriminatório à rede, taxas eficientes de uso da rede e implementação de metas regulatórias específicas do setor.¹¹⁶

O direito regulatório é caracterizado por uma densa rede de regulamentos legais secundários, os quais impõem, entre outras coisas, a organização das autoridades.¹¹⁷ Já faz algum tempo que existem regulamentos sobre a independência funcional das autoridades reguladoras.¹¹⁸ Seu objetivo é o de evitar quaisquer dependências dos interesses das empresas reguladas.¹¹⁹ Recentemente, porém, a demanda por indepen-

¹¹⁵ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 44), p. 237; para tanto compare *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 244 f.

¹¹⁶ Para o todo veja *Klaus F. Gärditz*, Die Bundesnetzagentur – Eine Einführung, Bonner Rechtsjournal 2010, p. 84 (84 s.); *Kahl*, Grundzüge (Fn. 10), Rn. 41 s.

¹¹⁷ *Gärditz*, Bundesnetzagentur (Fn. 117), p. 86.

¹¹⁸ Compare, p. ex., art. 3º, alínea 2, frase 1, Diretriz 2002/21/EG, de 07.03.2002, sobre um quadro jurídico comum para redes e serviços de comunicações eletrônicas (diretriz geral), ABl. EG 2002, nº L 108, frase 33.

¹¹⁹ *Markus Ludwigs*, Requisitos legais da UE e âmbito de ação nacional – independência das autoridades e medidas regulamentares a fim de garantir a aplicação efetiva do Direito da UE?, em: Säcker/Schmidt-Preuß (Hg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, p. 251 (252).

dência política chegou ao direito secundário.¹²⁰ As disposições correspondentes da legislação da UE estabelecem que as autoridades reguladoras não podem obter nem receber instruções de agências governamentais, devendo tomar suas decisões independentemente das agências políticas.¹²¹

Pode-se questionar se essa liberdade de instrução, exigida pelo direito da União, é compatível com o princípio democrático do art. 20, alíneas 1 e 2, frase 1, da Lei Fundamental, que não pode ser abandonado no curso da integração europeia, pois faz parte da identidade constitucional nacional da Alemanha (art. 23, alínea 1, frase 3; art. 79, alínea 3, GG), a qual a UE também se obriga a observar (art. 4º, alínea 2, TUE) e é monitorada pelo Tribunal Constitucional Federal. Em parte, a literatura assume compatibilidade com o princípio da democracia, e afirma isso argumentando que a Agência Federal de Rede aumentou a legitimação pessoal devido à nomeação de seu presidente pelo Governo Federal e pelo respectivo presidente.¹²² Os déficits em termos de conteúdo constitucional poderiam ser compensados por um maior controle parlamentar, embora ainda esteja estabelecido, o que até agora não foi testado nessa área.¹²³ Como se pode ver, porém, o princípio nacional da democracia requer a apresentação obrigatória de instruções relacionadas à legitimidade constitucional da administração, uma vez que essa é a única maneira pela qual o ministro responsável pode influenciar suficientemente as decisões administrativas da Agência Federal de Rede e garantir que elas estejam vinculadas ao Parlamento.¹²⁴ No caso da

¹²⁰ *Gärditz*, Bundesnetzagentur (Fn. 117), p. 86; *Ludwigs*, Gestaltungsspielräume (Fn. 120), p. 252.

¹²¹ Compare, p. ex., art. 35, alínea 4, frase 2, lit. b ii), alínea 5, lit. a – Diretriz 2009/72/EG, de 13.07.2009, sobre regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/EG, ABl. EU 2009, nº L 211, frase 55; para exemplos adicionais, veja *Ludwigs*, Gestaltungsspielräume (Fn. 120), p. 253 ss.

¹²² Compare § 3º, alínea 3, frase 1, alínea 4, BEGTPG; compare também *Ludwigs*, Gestaltungsspielräume (Fn. 120), p. 257 f.; *ders.*, Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency?, Die Verwaltung 44 (2011), p. 41 (50 s.); veja também *Klaus Oertel*, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ss. TKG, 2000, p. 322 ss., 328 ss.

¹²³ *Claudio Franzius*, Die Bundesnetzagentur zwischen politischer Steuerung und gerichtlicher Kontrolle, DÖV 2013, p. 714 (716); *Georg Hermes*, Direito comunitário, tomadores de decisão “neutros” e o princípio da democracia, em: Festschrift für Manfred Zuleeg, 2005, p. 410 (424); *Ludwigs*, Bundesnetzagentur (Fn. 123), p. 52 ss.

¹²⁴ *Gärditz*, Regulierungsverwaltungsrecht (Fn. 49), p. 284 m.w.N.; *Kahl*, Grundzüge (Fn. 10), Rn. 44; *o mesmo*, Adequação cooperativa da lei, em: Publicação comemorativa para Ulrich Spellenberg, 2010, p. 697 (711).

Agência Federal de Rede, falta uma base constitucional semelhante à “liberdade ministerial” comparável com o art. 114, alínea 2, GG, para o Tribunal de Contas, ou com o art. 88, GG (ou, indiretamente, com o art. 130 do TFUE [com polêmicas em alguns pontos]), para o Bundesbank [Banco Federal Alemão].¹²⁵ Portanto, não há razão constitucional para que haja exceção às instruções. A consideração administrativa de que a BNetzA deve ser protegida de influências políticas não pode ser apoiada pelo direito constitucional.¹²⁶ As diretrizes são, portanto, contrárias ao direito da União Europeia, porque, devido a uma violação do art. 20, alínea 2, GG, também há uma interferência na identidade constitucional nacional que viola o art. 4º, alínea 2, do Tratado da UE.¹²⁷

Um controle legal abrangente das decisões da BNetzA pelos tribunais administrativos também não é bem-sucedido, pois o BVerwG, com base nos requisitos da legislação da União, na fraca densidade legal de regulamentos e na complexidade das decisões regulatórias, fornece uma ampla medida regulatória, ou seja, são permitidos poderes oficiais com poder de tomada de decisão final (que são dogmáticamente um híbrido entre a latitude da avaliação e a medição do planejamento), e a densidade do controle judicial diminui acentuadamente.¹²⁸ Tudo o que resta é um controle de deliberação reduzido e uma verificação de conformidade com os limites de avaliação extremos.¹²⁹ No entanto, as reduções na intensidade do controle judicial não se justificam pelo fato de que situações de conflito dependentes do mercado só podem ser reguladas de forma limitada por leis abstratas e gerais.¹³⁰ A jurisprudência não

¹²⁵ *Kahl*, Grundzüge (Fn. 10), Rn. 44; compare também *o mesmo*, Rechtsangleichung (Fn. 125), p. 711; *Bernd Holzengel/Pascal Schumacher*, Regulierung ohne Regierung, JURA 2012, p. 501 (503 s.), die auf Art. 87f GG abstellen.

¹²⁶ *Gärditz*, Regulierungsverwaltungsrecht (Fn. 49), p. 284 f.; *ders.*, Bundesnetzagentur (Fn. 117), p. 86; de modo crítico também *Horst Dreier*, em: *ders.* (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. ed., 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 123 s.

¹²⁷ *Kahl*, Grundzüge (Fn. 10), Rn. 44; *ders.*, Rechtsangleichung (Fn. 125), p. 711 f.; explicado em detalhes por *Klaus F. Gärditz*, Questões regulamentares básicas do pacote legislativo para os mercados europeus de eletricidade e gás, em: *Löwer* (Hg.), Bonner Gespräche zum Energierecht, Bd. 5, 2010, p. 23 (47 ss., 52 ss.).

¹²⁸ Em conexão com isso, BVerwG, sentença de 28.11.2007 – 6 C 42/06, BVerwGE 130, 39 (48 ss.); sentença de 02.04.2008 – 6 C 15/07, BVerwGE 131, 41 (62 ss.).

¹²⁹ *Gärditz*, Bundesnetzagentur (Fn. 124), p. 717; compare BVerwG, sentença de 28.11.2007 – 6 C 42/06, BVerwGE 130, 39 (50); sentença de 02.04.2008 – 6 C 15/07, BVerwGE 131, 41 (62).

¹³⁰ *Klaus F. Gärditz*, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, p. 1.005 (1.009); semelhante *Patrick Helmes*, Wirksamer und essizienter Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten in Marktregulierungsverfahren?, CR 2006, p. 583 (584); *Ludwigs*, Bundesnetzagentur (Fn. 123), p. 72.

deve, assim, prematuramente levar a uma repressão ampla e livre de controle, com base na referência geral à (suposta) complexidade das decisões regulatórias, que também é incompatível com as disposições do direito constitucional da UE (art. 47, GRCh; art. 19, alínea 19, TUE).¹³¹

II Agências independentes da UE

Também no âmbito da UE, houve uma diferenciação considerável da organização administrativa com a constituição de numerosas agências (e escritórios).¹³² Atualmente, existem mais de 40 agências da UE,¹³³ que servem basicamente para reunir conhecimentos e aumentar a capacidade de ação da Comissão e a eficácia do trabalho administrativo.¹³⁴ É feita uma distinção entre agências executivas e agências reguladoras. As primeiras são criadas para a implementação técnico-administrativa dos programas da UE.¹³⁵ Estas estão intimamente ligadas à Comissão, estando sob seu controle direto,¹³⁶ razão pela qual não há problemas específicos a esse respeito.

As agências reguladoras parecem mais precárias. Estas são órgãos administrativos que cuidam do desempenho permanente de uma ampla variedade de assuntos, estando organizadas em grande parte independentemente das instituições da União.¹³⁷ Por exemplo, o regulamento fundador da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, cujos membros agem “de forma independente e objetiva no único interesse da União como um todo, não podem solicitar ou receber instruções de instituições ou órgãos da União, do governo de um Estado-membro ou de órgãos públicos ou privados”.¹³⁸ Além da independência

¹³¹ Gärditz, *Regulierungsermessen* (Fn. 131), p. 1.009; crítico também *Norbert Wimmer*, *Kontrolldichte – Beobachtungen zum richterlichen Umgang mit Entscheidungsprärogativen*, JZ 2010, p. 433 (435 s., 437 s.).

¹³² Mais aproximado: *Jörg Gundel*, *Administração*, em: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), *Europarecht*, 3. ed., 2015, § 3 Rn. 25 ss.

¹³³ Compare a lista sob: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies_de, acesso em 12 dez. 2016.

¹³⁴ *Martin Kment*, *Das Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union*, JuS 2011, p. 211 (213); compare também *Matthias Russert*, em: *Callies/ders.* (Hg.), *EUV/AEUV*, 5. ed., 2016, Art. 298 AEUV Rn. 4.

¹³⁵ Art. 1º, 6, Regulamento (EG) nº 58/2003, de 19.12.2002, que estabelece o estatuto das agências de execução, ABl. EG 2003, nº L 11, p. 1 (na sequência: Executivo-VO).

¹³⁶ Compare Motivo de consideração 17, art. 20, alínea 1, art. 22, EU-Executivo-VO.

¹³⁷ *Thomas Groß*, *Unabhängige EU-Agenturen – eine Gefahr für die Demokratie?*, JZ 2012, p. 1.087 (1.087); vgl. auch *Manger-Nestler*, *EU-Agenturen* (Fn. 54), p. 333 f.

¹³⁸ Art. 46 Abs. 1 Regulamento (EU) nº 1.095/2010, de 24.11.2010, zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde, ABl. EU 2010, nº L 331, p. 84, referente ao Conselho de Administração. Referente ao Conselho de Superintendentes, ao presidente e ao diretor executivo, veja art. 42, alínea 1, art. 49, alínea 1, art. 52, alínea 1, desse regulamento.

geral das diretivas, na maioria das agências também há uma falta de especialistas hierárquicos e de supervisão legal por parte da Comissão.¹³⁹

Isso pode violar o princípio da democracia no âmbito do direito da UE. É verdade que tal violação é aceita por alguns autores. Ela é justificada pelo fato de que – como explicado (veja acima, 2.I) – o princípio da democracia sob o direito da União também exige que todas as instituições e todos os órgãos administrativos prestem contas aos órgãos da União, os quais são democraticamente legitimados. Para que o conteúdo da legitimação democrática continue nas ações da administração, é essencial que os órgãos administrativos dependam das instruções.¹⁴⁰ Outros autores pedem que, ao menos, a supervisão legal seja estabelecida no âmbito do direito derivado, para que se cumpra o princípio da democracia.¹⁴¹ Segundo a visão oposta, não há déficit democrático nas agências da UE. A posição dos críticos baseava-se excessivamente no dogma alemão da legitimidade e não considerava suficientemente as especificidades do princípio da democracia sob o direito da UE. O modelo monístico alemão de legitimação de um controle central da administração hierarquicamente estruturada, com as instruções e a supervisão no centro, não se encaixa na administração da UE, estruturada de modo policêntrico, pois vários sujeitos e intermediários de legitimação podem ser identificados no âmbito da União.¹⁴² O considerável papel dos Estados-membros na aplicação do direito da União (princípio da execução indireta) também impede a estrutura hierárquica da administração da UE.¹⁴³ Além disso, apesar da sua responsabilidade fundamental perante o Parlamento Europeu, a Comissão não corresponde, da mesma forma, a um governo nacional responsável.¹⁴⁴ Por fim, o desejo de independência do direito primário (art. 298, alínea 1, TFUE) também impede a

¹³⁹ Compare *Manger-Nestler*, EU-Agenturen (Fn. 54), p. 334; compare também *Christoph Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, 2009, p. 212 ss.

¹⁴⁰ Assim *Gärditz*, Regulierungsverwaltungsrecht (Fn. 49), p. 277; *ders.*, Grundfragen (Fn. 128), p. 54.

¹⁴¹ Assim também *Christoph Ohler*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), sentença de 22.01.2014, JZ 2014, p. 49 (252).

¹⁴² Veja *Groß*, Legitimation (Fn. 46), p. 100 f.; além disso *Weißgärber*, Legitimation (Fn. 49), p. 209; semelhante também *Peuker*, Bürokratie (Fn. 45), p. 154 ss.

¹⁴³ *Groß*, Legitimation (Fn. 46), p. 100.

¹⁴⁴ Compare *Groß*, Legitimation (Fn. 46), p. 88, 116; *Manger-Nestler*, EU-Agenturen (Fn. 54), p. 337; *Matthias Russert*, A nova independência: sobre a legitimação democrática das agências no direito administrativo europeu, em: Festschrift für Dieter H. Scheuing, 2011, p. 399 (404 f.).

autoridade da Comissão de emitir diretivas e supervisão.¹⁴⁵ Na opinião desses autores, a falta de dependência e supervisão de instrução não viola, portanto, o princípio da democracia no âmbito do direito da UE, desde que outras formas de controle compensem a suficiente restrição democrática das agências.¹⁴⁶ O julgamento do TJUE referente à autoridade supervisora nacional de proteção de dados também apoia essa visão. Nessa decisão, o tribunal não viu nenhum problema em relação ao princípio da democracia, apesar de essa autoridade ser completamente independente das instruções. Ele justificou isso se referindo à natureza vinculativa da autoridade, por um lado, e aos controles judiciais e, principalmente, ao Parlamento, por outro, que, no total, foram o bastante para estabelecer suficiente legitimidade aos órgãos administrativos independentes.

Conclusão

Resumindo, pode-se afirmar que o controle administrativo é um alicerce básico de qualquer ordem constitucional que se baseia no Estado de direito, como vimos aqui, usando a Alemanha e a UE como exemplos.¹⁴⁷ Tanto no direito constitucional alemão quanto na União, o princípio da democracia e o Estado de direito, bem como o princípio da separação de poderes (ou o princípio do equilíbrio institucional), exigem a existência de controles administrativos. Destina-se a garantir a legitimidade democrática da administração e a evitar abusos administrativos quanto ao poder e atos administrativos arbitrários. O fator decisivo aqui é que se alcança um nível suficiente de controle em uma visão geral avaliativa e equilibrada (“a linha de fundo”),¹⁴⁸ que requer, acima de tudo, suficiente eficácia de controle.¹⁴⁹ A fim de atender a esses requisitos constitucionais, estabeleceu-se uma densa rede de diferentes

¹⁴⁵ *Groß*, Legitimation (Fn. 46), p. 100; *Manger-Nestler*, EU-Agenturen (Fn.), p. 338; compare também *Weißgärber*, Legitimation (Fn. 49), p. 296.

¹⁴⁶ Compare *Groß*, EU-Agenturen (Fn. 138), p. 1.091; *Manger-Nestler*, EU-Agenturen (Fn. 54), p. 338, 344; *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, p. 650.

¹⁴⁷ Para tanto, veja *Ulrich Scheuner*, Responsabilidade e controle na ordem constitucional democrática, em: *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, p. 379 (384); da mesma forma *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 38), p. 16.

¹⁴⁸ *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 213; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 38), p. 44; *ders.*, Grundfragen (Fn. 44), p. 213, 231; ref. à UE, veja *Michel*, Gleichgewicht (Fn. 63), p. 158.

¹⁴⁹ *Wolfram Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), p. 260 (295); *Kahl*, Kontrolle (Fn. 5), Rn. 213; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskontrolle (Fn. 38), p. 40.

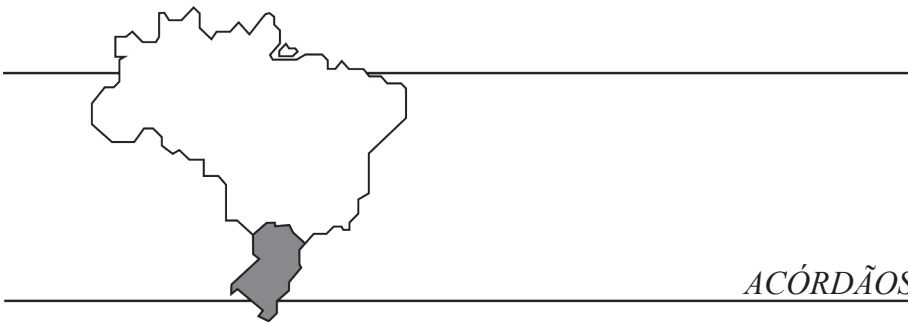
formas e instrumentos de controle, que verifica as ações administrativas com base em diferentes padrões de controle. Na sua essência, trata-se de uma questão de controle de legalidade, mas o controle administrativo pode ir além disso em sua escala, p. ex., podendo incluir também a adequação (procedimento de objeção) ou a lucratividade (auditoria do Tribunal de Contas). Para determinar quaisquer déficits de controle, mas, inversamente, qualquer hipertrofia de controle (controle excessivo), mostra-se útil pensar em contextos de controle.¹⁵⁰ Dessa maneira, podem ser identificados perigos para a eficácia dos controles – p. ex., por meio de controles duplos contraditórios ou supérfluos ou ineficientes – e (de *lege ferenda* [lei a ser criada]) possivelmente levados a uma solução.

Do ponto de vista constitucional, o declínio no controle administrativo tradicional (especialmente a supervisão técnica) provou ser particularmente crítico devido à tendência crescente para o estabelecimento de unidades administrativas independentes. Aqui se demonstrou que o direito constitucional alemão e o da União, em parte (legitimação democrática), impõem requisitos diferentes para a existência de um nível de controle que seja o suficiente. No âmbito nacional, órgãos administrativos independentes de diretrizes e que não se sujeitam à supervisão violam o princípio constitucional da democracia. Por outro lado, as agências sem instrução da UE são compatíveis com o princípio da democracia nos termos do direito da UE, desde que existam outros meios de controle suficientes; nesse contexto, os controles judiciais devem ser considerados, mas, acima de tudo, deve ser levado em conta o aumento do controle parlamentar direto das agências. O controle parlamentar das instituições administrativas não tem tradição na Alemanha, ou seja, quase não há experiência prática. Desse modo, um controle parlamentar de agências que são independentes, primeiramente, exigiria mais estrutura e concretização jurídica¹⁵¹ e, depois, um monitoramento de sua eficácia prática.¹⁵²

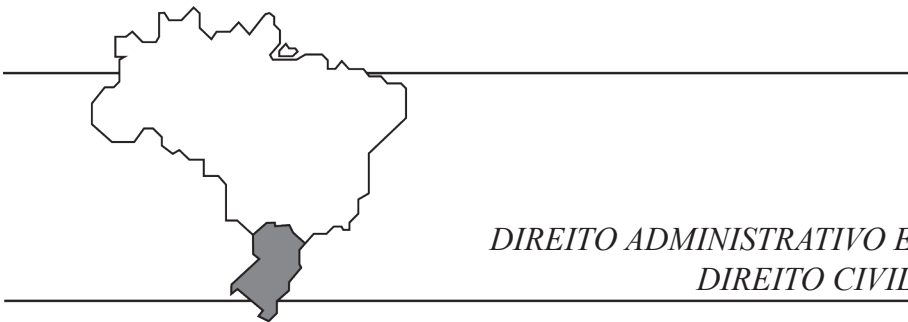
¹⁵⁰ Sobre o significado de pensar em contextos de controle, consulte *Kahl*, Rechts- und Sachkontrolle (Fn. 20), Rn. 87.

¹⁵¹ A estrutura legal mais detalhada do controle parlamentar deve ocorrer no âmbito do desenvolvimento do quadro de diretrizes uniformes para as agências reguladoras.

¹⁵² Assim é expressa a exigência em *Manger-Nestler*, EU-Agenturen (Fn. 54), p. 342, 345.



ACÓRDÃOS



*DIREITO ADMINISTRATIVO E
DIREITO CIVIL*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5012094-44.2018.4.04.7200/SC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz

Apelante: União – Advocacia-Geral da União (ré)

Apelada: A.C.P. (pais) (autora)

Apelada: S.G.P. (absolutamente incapaz – art. 3º, CC) (autora)

EMENTA

Direito à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Bomba de infusão de insulina. Demonstração da imprescindibilidade. Ocorrência.

1. O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea *d*, da Lei nº 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos e/ou aos equipamentos necessários para a promoção e o tratamento da saúde.

2. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos e/ou equipamentos fora dos protocolos e das listas dos SUS, deve a parte-autora comprovar a imprescindibilidade do fármaco postulado, bem como ser aquele produto requerido insubstituível por outro similar/genérico, situação demonstrada no caso concreto.

3. É imprescindível o fornecimento de bomba de infusão de insulina integrada quando verificada a anterior utilização, sem sucesso, de tratamentos convencionais fornecidos no âmbito do SUS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia Turma Regional Suplementar de Santa Catarina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, conhecer apenas em parte da presente apelação e, na parte conhecida, dar parcial provimento ao recurso, com ressalva de fundamentação do Desembargador Federal *Celso Kipper*, acompanhado do Desembargador Federal *Sebastião Ogê Muniz*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de maio de 2020.

Des. Federal *Paulo Afonso Brum Vaz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz: Trata-se de apelação da União em face de sentença, proferida em 15 de fevereiro de 2019 e integrada por embargos de declaração, que julgou procedente o pedido formulado para fornecimento de equipamento (*bomba de infusão de insulina Minimed*) e insumos necessários para tratamento de *diabetes mellitus* (e. 126.1 e e. 156.1 da origem).

Afirma a União, em síntese, o seguinte: (i) não demonstrada a hipossuficiência da parte-autora; (ii) existência de políticas públicas para tratamento da doença; subsidiariamente, (iii) fixação de contracautelas; e (iv) redução da verba honorária (e. 141.1 da origem).

Com contrarrazões.

O Ministério Público Federal, em parecer, opinou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz:

I – A Constituição Federal estabeleceu o direito à saúde tanto no capítulo “Dos direitos sociais” (art. 6º, *caput*) quanto em seção própria

(“Da saúde”, art. 196 e seguintes), cumprindo perquirir se e em que medida tal direito se traduz em um verdadeiro direito público subjetivo, exigível judicialmente.

Destaco, então, que Robert Alexy, em seu conhecido trabalho *Teoria dos direitos fundamentais* (traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008), abandonando os critérios que denomina de “tradicionais” para distinguir princípios e regras, refere que se trata de uma diferença qualitativa, o mesmo é dizer, enquanto os princípios “ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, o que conduz à inexorável conclusão de que se trata de “mandamentos de otimização” (*op. cit.*, p. 90), as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas, ou não satisfeitas”, muito embora o próprio autor admita que, no caso de conflito (o conflito só existe entre regras, já que os princípios colidem), é possível a introdução de uma cláusula de exceção [não pretendo discutir a polêmica estabelecida quanto à admissão das cláusulas de exceção, cabendo conferir a lição, quanto ao ponto e entre outros, de Luís Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49)].

Em outras palavras: enquanto as regras ordenam algo definitivamente e estão situadas apenas no plano da validade, os princípios encontram-se também na dimensão do peso, e, nos casos de colisão, aquele que possuir maior força no caso concreto deve prevalecer (*op. cit.*, p. 93-94). Cuida-se, a toda evidência, de direitos e deveres *prima facie*, “que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003).

Há mais: pela própria estrutura dos princípios como mandamentos de otimização, eles devem ser realizados, na maior medida do possível, sempre, convém lembrar, observando não só as máximas da necessidade e da adequação (possibilidades fáticas), mas também da proporcionalidade em sentido estrito (possibilidades jurídicas).

Registro, também, que a proporcionalidade pode assumir a feição de proibição de proteção deficiente – viés pouco explorado –, cabendo, quanto ao ponto, a mesma estrutura geral da proibição de excesso (PU-

LIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2007. p. 808).

Dito isso, verifico que o direito à saúde – princípio que se afigura –, e, por consequência, a ideia de mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, colide (ou colidem) com a assim chamada reserva do possível, já que, conquanto todos os direitos fundamentais tenham custos, o debate mais evidente encontra-se, e sobre isso não há dúvidas, no âmbito dos direitos sociais [encaminhado, quanto ao ponto, à obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein (*El costo de los derechos*: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012, *passim*)].

Nessa colisão, entendo que a saúde, porque, repito, intrinsecamente ligada ao mínimo existencial e à própria ideia de dignidade da pessoa humana, é um *direito fundamental prima facie*, assumindo, portanto, uma *posição privilegiada* no embate com outros bens ou direitos tutelados constitucionalmente.

Sublinho, de outro lado, que o debate judicial a respeito do fornecimento de medicamentos não fere a separação de poderes e também não configura uma indevida intromissão do Poder Judiciário em esfera estranha às suas competências (políticas públicas), estando sua legitimidade (da atuação judicial) demonstrada, ainda que não somente, pela inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet (Comentário ao art. 6º. *In: Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 545).

A reserva do possível, de seu turno, e seguindo a linha de argumentação de Ingo Wolfgang Sarlet (*op. cit.*, p. 545), não pode impedir, por si só, a concretização do direito à saúde, já que “o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado, entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social”. Assim, o alto custo do tratamento não é motivo para, por si só, impedir o respectivo fornecimento pelo poder público.

Cuida-se, portanto, e conforme lição de Victor Abramovich e de Christian Courtis, de *um direito social exigível* (*Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, *passim*).

Essa conclusão não dispensa, entretanto, o estabelecimento daquilo que designo como *pautas argumentativas*, ou, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da STA 175, *parâmetros de decisão*.

Registra Sua Excelência, em *primeiro lugar*, a necessidade de verificar se o medicamento solicitado encontra-se contemplado em políticas públicas; em caso positivo, não se criam direitos, apenas se determina o respectivo cumprimento.

Destaca o Ministro Gilmar Mendes, em *segundo lugar*, e no caso de não se encontrar contemplado em políticas públicas, se há vedação legal ao fornecimento, como, por exemplo, de fármacos não registrados na Anvisa. Nessa situação, o registro é uma garantia à saúde pública e atesta a segurança do medicamento – exceção feita para a aquisição por meio de organismos internacionais, nos termos da Lei 9.782/99.

Em *terceiro lugar*, refere a existência, ou não, de evidências científicas para o uso do fármaco – lembro que se tem por base a assim chamada Medicina Baseada em Evidências –, bem como a demonstração de que as alternativas disponibilizadas pelo sistema público não são adequadas e/ou são ineficazes para o caso concreto. A regra, portanto, é privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento da opção do paciente. Também não se admite – para o caso da inexistência de tratamento na rede pública – a utilização de medicamentos experimentais, já que sobre eles pouco se sabe.

A isso se somam os termos definidos pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1.657.156, rel. Ministro Benedito Gonçalves, ocasião em que restou fixada, com aplicação para processos distribuídos a partir de *04 de maio de 2018*, a seguinte tese:

“A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou da necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na Anvisa do medicamento, observados os usos autorizados pela agência.”

Em suma: o direito à saúde é um direito fundamental judicialmente exigível, contando com uma precedência *prima facie* quando em con-

flito com outros direitos ou bens constitucionalmente tutelados, razão pela qual passo a analisar a existência dos referidos pressupostos no caso concreto.

II – Assentadas essas premissas, passo ao caso concreto.

Não há motivos para alterar o que decidido na origem quanto ao mérito.

Em *primeiro lugar*, porque restou demonstrada, a partir de cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social da parte representante (e. 1.8 da origem), a hipossuficiência para arcar com os custos do tratamento.

Em *segundo lugar*, porque o laudo pericial indicou a *imprescindibilidade* do equipamento requerido judicialmente, senão vejamos os seguintes excertos (e. 68.1 da origem):

“1) A paciente S.G.P. já utilizou os tratamentos convencionais, disponibilizados ou não pelo SUS? O controle glicêmico foi alcançado com esses tratamentos? R.: Sim, a paciente já utilizou os tratamentos convencionais sem alcançar bom equilíbrio metabólico.

2) O controle dos índices glicêmicos é mais difícil para o caso da pequena S.G.P., que é uma criança com apenas 8 anos de idade? R.: A paciente está na terceira série e, apesar de já ter assumido as aplicações de insulina, relata dificuldades no convívio cotidiano com as coleguinhas, em virtude do tratamento. Além disso, a mãe refere episódios recorrentes de hipoglicemias noturnas.

(...)

5) Existe, além do tratamento requerido, no mercado brasileiro, outra bomba de insulina que tenha a leitura glicêmica efetuada por um sensor de glicose que comunica o valor diretamente para a bomba de insulina e ainda preveja a ocorrência da hipoglicemia, evitando-a, antes mesmo que aconteça? Em caso positivo, qual? R.: Não.

6) Com o tratamento pleiteado, é possível evitar as perigosas hipoglicemias assintomáticas que a paciente S.G.P. apresenta com lamentável frequência? R.: Sim.

7) A paciente S.G.P. pode esperar o encerramento de um prolongado processo judicial para que inicie seu tratamento ou é seguro e prudente que o inicie o quanto antes? R.: É mais prudente que inicie o tratamento com brevidade.

8) A paciente S.G.P., sem o início do tratamento requerido, corre risco de morte e/ou tem agravado esse risco? Em caso positivo, quais os riscos? R.: Sim, em tese, as hipoglicemias severas podem acarretar quadro de coma hipoglicêmico e morte.”

Na mesma linha foi o laudo médico que acompanhou a inicial, senão vejamos (e. 1.14):

“Venho, por meio deste, confirmar o diagnóstico de *diabetes mellitus* tipo 1 (CID E10) para a paciente S.G.P. e reforçar a indicação de instalação do sistema de infusão contínua de insulina (SICI, ‘bomba de insulina’) nessa paciente, visto que ela apresenta diabetes de difícil controle, com muitas oscilações glicêmicas e HbA1c fora do alvo esperado para

a idade, a despeito do uso de diferentes esquemas terapêuticos ao longo desses anos de diagnóstico de *diabetes mellitus*.

Fez acompanhamento comigo na Policlínica de Referência de Especialidades *Poeta Lindolf Bell*, de maio 2014 a fevereiro 2017. Iniciou seu tratamento com insulina NPH e lispro, com mudança posterior para insulina glargina e lispro e, por último, esquema insulínico usando degludeca e lispro. Apesar dos esforços, não se conseguiram atingir os alvos glicêmicos almejados e recomendados para a idade.

A terapia com SICI ('bomba de insulina') fica restrita para pacientes que já estão em regime de múltiplas aplicações, familiarizados com a monitorização intensiva e com a contagem de carboidratos e que, seguindo as orientações de profissionais habilitados, não alcançam controle estável. A paciente S.G.P., junto de sua mãe, preenche todos os critérios anteriormente mencionados, bem como apresenta três indicações clássicas para a terapia insulínica com bomba: hipoglicemias frequentes e imprevisíveis com o esquema de múltiplas doses; fenômeno do alvorecer marcante; e paciente com atividades imprevisíveis e flutuações erráticas da glicemia.

Assim sendo, reitero a indicação de tratamento com 'bomba de insulina' prescrita pela Dra. Talita Trevisan para a paciente em questão."

Em *terceiro lugar*, porque esta Turma Regional Suplementar fixou entendimento da imprescindibilidade do tratamento agora postulado para paciente de qualquer idade – com muito mais razão para *criança* (o caso dos autos), *verbis*:

“DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. BOMBA DE INFUSÃO DE INSULINA. PROVA. DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE. JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 942 DO NCPC. 1. O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea *d*, da Lei nº 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos e/ou aos equipamentos necessários para a promoção e o tratamento da saúde. 2. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos e/ou equipamentos fora dos protocolos e das listas dos SUS, deve a parte-autora comprovar a imprescindibilidade do fármaco postulado e ser aquele produto requerido insubstituível por outro similar/genérico, situação demonstrada no caso concreto. 3. É imprescindível o fornecimento de bomba de infusão de insulina integrada, ainda que se trate de paciente adulto, quando verificada a existência de hipoglicemia assintomática aliada à anterior utilização, sem sucesso, de tratamentos convencionais fornecidos no âmbito do SUS. 4. Nos termos do voto do Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, por ocasião do julgamento previsto no art. 942 do CPC, ‘não se pode pretender equivalência entre os tratamentos normalmente oferecidos pelo SUS e aquele que é pleiteado nesta ação, tampouco concluir que a única distinção entre eles é o maior conforto para o paciente que a bomba oferece’, tendo sido sua superioridade (da bomba de infusão) demonstrada, inclusive, empiricamente.” (TRF4, AC 5014723-25.2017.4.04.7200, Turma Regional Suplementar de SC, relator Paulo Afonso Brum Vaz, juntado aos autos em 14.10.2019)

No que toca à fixação de contracautelas, e considerando o que decidido em sede de embargos de declaração, perdeu objeto o apelo.

Finalmente, observo que a verba honorária fixada na origem (percentuais médios previstos no art. 85, § 3º, do CPC) encontra-se em desacordo com o montante que tem sido quotidianamente estabelecido por este Regional Federal.

Assim, minoro a verba honorária para R\$ 3.000,00 (três mil reais), *pro rata, quantum* que esta Turma Regional Suplementar tem estabelecido em casos envolvendo tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos *independentemente do valor atribuído à causa*, já que se trata de ação relacionada à garantia do direito à saúde, cujo valor material é inestimável, nos termos do § 8º do art. 85 do CPC.

III – Ante o exposto, voto por conhecer apenas em parte da presente apelação e, na parte conhecida, *dar parcial provimento ao recurso*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5013483-62.2020.4.04.0000/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior

Agravante: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero

Agravado: L. Fiorotto Comércio de Alimentos Ltda.

Advogada: Dra. Cybelle Guedes Campos

EMENTA

Agravo de instrumento. Administrativo. Contrato administrativo. Pedido de suspensão do contrato. Covid-19. Calamidade pública. Cláusulas exorbitantes. Interesse público. Ausência de demonstração concreta de quebra do equilíbrio contratual. Ausência de elementos para intervenção judicial. Necessidade de instrução probatória. Deci-

são agravada que suspendeu o contrato. Decisão agravada reformada. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 20 de maio de 2020.

Des. Federal *Cândido Alfredo Silva Leal Júnior*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior: Este agravo de instrumento ataca decisão proferida pela Juíza Federal Vera Lúcia Feil Ponciano, que deferiu tutela de urgência para o fim de suspender o pagamento de contrato administrativo enquanto perdurar o estado de calamidade pública decretado pelo Legislativo.

Este é o teor da decisão agravada, naquilo que aqui interessa (evento 04 do processo originário):

“(…)

No caso, entendo que estão presentes tais requisitos, devendo, por ora, ser concedido parcialmente o pedido de tutela de urgência.

Nas últimas semanas, o mundo tem acompanhado a progressão de infectados pelo coronavírus e, como consequência, inúmeras mortes e instabilidade da economia e do mercado financeiro. A Organização Mundial de Saúde – OMS declarou emergência em saúde pública de importância internacional (em 30.01.2020) e situação de pandemia (em 11.03.2020). No Brasil, foi publicado o Decreto Legislativo nº 6 de 2020 pelo Senado Federal, reconhecendo o ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA em todo o território nacional. O Decreto Estadual Paranaense nº 4.230, de 2020, igualmente impôs restrições à livre circulação e à aglomeração de pessoas, visando ao enfrentamento da emergência de saúde relativa ao covid-19, a exemplo de isolamento, quarentena e suspensão de eventos com aglomeração acima de cinquenta pessoas.

Pretede a autora que a Infraero, na qualidade de CESSIONÁRIA de espaço público situado dentro do Aeroporto Internacional Afonso Pena de Curitiba – PR, onde funciona o quiosque de venda de castanhas e amêndoas glaceadas da empresa autora, se abstenha de cobrar a integralidade do valor da locação nos meses em que instaurado o estado de calamidade pública, pois a autora teve suas atividades seriamente prejudicadas em decorrência

da pandemia causada pelo vírus da covid-19 e pelas medidas adotadas por todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal) a fim evitar a propagação do vírus.

Em caso semelhante, assim decidiu o Exmo. Juiz Federal FRIEDMANN ANDERSON WENDPAP, na ação sob nº 5017470-58.2020.4.04.7000/PR, proposta com a mesma finalidade para outra empresa do setor, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

‘(...)

Os relatórios elaborados pela própria Infraero (evento 1, ANEXOPET18-28) comprovam a queda significativa do movimento (embarques e desembarques) no Aeroporto Afonso Pena a partir de março/2020. Ainda que permaneça pequena movimentação de pessoas, pelo estado de pânico criado desde o reconhecimento pela OMS da condição de pandemia da infecção pela covid-19, é possível presumir que essas raras pessoas que não estão obedecendo à ordem de isolamento social horizontal, ao passarem pelas instalações do aeroporto, não vão permanecer tempo suficiente para consumir os serviços e produtos oferecidos pela autora.

Isso não considerando que as atividades estejam suspensas em cumprimento à ordem do governador de fechamento dos estabelecimentos que não prestam serviços de natureza essencial, conforme Decreto 4.317, de 21.03.2020.

Para as hipóteses de suspensão da execução do contrato em razão da calamidade pública, o próprio contrato prevê que será assegurada ao concessionário a suspensão de suas obrigações até que a situação esteja normalizada, conforme item 31.17 da cláusula VIII (evento 1, CONTR7, p. 23)

(...)

Dessa forma, verifica-se que a única proposta de acordo aceita pela Infraero para minimizar os efeitos econômicos da crise (Ofício Circular SBCT-OFC-2020/00011 – evento 1, RESPOSTA10) não atende à faculdade da concessionária expressamente prevista no contrato administrativo e, portanto, é ilegal.

Pelos próprios termos do contrato, a autora possui o direito subjetivo à suspensão de suas obrigações, notoriamente pagamento do aluguel mensal, desde a data da decretação da calamidade pública pelo Congresso Nacional (20.03.2020).

Caso essa não seja interpretação almejada pela Infraero ao redigir a citada cláusula geral, o mesmo resultado pode ser obtido analisando as possibilidades de alteração de contrato administrativo em razão do desequilíbrio econômico-financeiro.

A Lei 8.666/93 restringe a possibilidade de alteração do contrato administrativo, prevendo, no caso dos autos, o art. 65, inc. II, alínea d:

‘Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.’

Sobre pressupostos e condições em que o particular possui o direito à recomposição do equilíbrio do contrato administrativo, para tanto, cito os conceitos defendidos pelo professor Marçal Justen Filho em seu livro *Comentários à Lei 8.666/93*:

‘10. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ([art. 65], inc. II, d)

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.

10.1) Configuração do equilíbrio econômico-financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como ‘deveres jurídicos’ propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc.

O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, *tais como prazos e forma de pagamento*. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas, também, as épocas previstas para sua liquidação.

É possível (à semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a ‘equilíbrio’. Os encargos equivalem à remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista. Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais às vantagens. Daí a utilização da expressão ‘equação econômico-financeira’.

10.6) Pressuposto do direito à recomposição do equilíbrio (inc. II, alínea d)

O restabelecimento da equação econômico-financeira *depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta*, identificável como causa do agravamento da posição do particular. *Não basta a simples insuficiência da remuneração*. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração.

Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive da conduta culposa imputável ao particular. *Se os encargos se tornaram mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração*.

Caracteriza-se uma modalidade de atuação culposa quando o evento causador da maior onerosidade era previsível e o particular não o levou em conta. Tal como ocorre nas hipóteses de força maior, a ausência de previsão de evento previsível prejudica o particular. *Cabia-lhe o dever de formular proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis*. Presume-se que assim tenha atuado. Logo, sua omissão acarretou prejuízos que deverão ser por ele arcados. *Rigorosamente, nessa situação inexistente rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Se a ocorrência era previsível, estava já abrangida no conceito de ‘encargos’*. Mas devem ser considerados excluídos os eventos cuja previsibilidade não envolvia certeza de concretização. Quando nenhum conhecimento científico ou experiência profissional produzisse certeza acerca da concretização do evento, não se poderia aludir a imprevisão culposa. Embora exista uma parcela de álea em toda contratação, não se pode transformar a aleatoriedade em essência do contrato como regra.

[...]

10.7) Motivos que não justificam o reequilíbrio econômico-financeiro

Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexiste discricionariedade. A Administração pode recusar o restabelecimento da equação apenas mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar:

- ausência de elevação dos encargos do particular;
- ocorrência do evento antes da formulação das propostas;
- ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado;
- culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).

Não é suficiente alegar que o contratado possuiria margens de lucro suficientemente elevadas para arcar com o prejuízo. Nem caberia argumentar que o contratado, em ocasiões anteriores, obteve grandes vantagens em contratações administrativas ou que, diante de eventos semelhantes, não pleiteou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Todos esses argumentos são impertinentes. Se a proposta consignava margem de lucro muito elevada, a Administração poderia tê-la desclassificado por ser excessiva. Se não o fez e homologou o resultado, reconheceu formalmente a vantajosidade dela. Os eventos passados e atinentes a outras contratações não interferem sobre o contrato afetado pelo desequilíbrio.

Deverá examinar-se a situação originária (à época da apresentação das propostas) e posterior. Verificar-se-á se a relação original entre encargos e remuneração foi afetada. Em caso positivo, deverá alterar-se a remuneração do contratado proporcionalmente à modificação dos encargos.

Portanto, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação tanto poderá derivar de fatos imputáveis à Administração como de eventos a ela estranhos. A Administração poderá ampliar os encargos do contratado, unilateralmente, para melhor atender às suas necessidades, por exemplo. Ou poderá fazer-se necessária redução de prazos de fornecimento; ou a Administração poderá alterar a composição química de produtos alimentares, para aumentar suas quantidades nutritivas. *Mas o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro poderá decorrer de outros fatos, totalmente alheios à Administração.*

A alínea *d* admitiu expressamente o direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, mesmo quando a ruptura derivar de eventos ‘previsíveis’, desde que imprevisíveis sejam suas decorrências. A amplitude da redação consagrada abrange as diversas manifestações de caso fortuito e força maior, na mais ampla extensão adotada para tais institutos pela doutrina e pela jurisprudência.

Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou se tornarem mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada. O mesmo se passará quando atenuados ou amenizados os encargos do contrato. Porém, essa hipótese é menos frequente e será tratada como excepcional nestes comentários.

Significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originariamente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente

a remuneração. A regra foi expressamente consagrada no art. 58, § 2º, a propósito de modificação unilateral do contrato, mas se aplica a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira.’ (grifou-se)

Outrossim, sobre os conceitos de álea ordinária e extraordinária, cito Guilherme Ferreira Gomes Luna:

‘A álea empresarial ordinária persiste consubstanciada, em especial, na assunção dos seguintes riscos: (a) dever de entrega do objeto contratual nas especificações e nos prazos contratados; (b) compra e fornecimento de insumos que compoem o escopo contratual; (c) gerenciamento de equipe de trabalho (mão de obra aplicada de forma geral); (d) contingenciamento de riscos; (e) obrigação de antecipação e previsão de todos os custos possíveis de serem mensurados, à época da proposta, que cubram todos esses riscos.

Além da álea ordinária, comum na maioria dos contratos privados, as contratações administrativas, especificamente aquelas calcadas no regime da Lei nº 8.666/93, impõem a assunção de outros riscos típicos na contratação pública. Citem-se como exemplo: (a) atraso da Administração (até 90 dias) no pagamento das faturas não passível de rescisão; (b) atraso ilegítimo da Administração quando ultrapassado o prazo de 90 dias aludido acima, sem o recebimento de pagamentos, o que, infelizmente, é uma realidade que não se pode presumir, mas notória e inelutável na Administração Pública brasileira, com a qual o contratado deve se precaver; (c) alta probabilidade de recebimento de parcelas contratuais (com custos já absorvidos pelo contratado) somente pela via judicial, evidentemente mais morosa, sujeitando-se, ainda, na maior parte dos casos, quando exitoso, ao sistema de pagamento por precatórios; (d) sujeição a cláusulas exorbitantes, que podem demandar alteração na metodologia de execução do contrato (alteração de cronogramas, programação financeira e logística do contratado), bem como a assunção de obrigações não previstas com a antecipação de custos operacionais para seu cumprimento.

[...] Sem prejuízo de outros mais detectáveis conforme seja a hipótese concreta. Sobre o tema, ainda que no âmbito do contrato de concessão, confira-se a exemplificação dada por Antônio Carlos Cintra do Amaral, que, quando cabível, também se aplica aos casos dos contratos celebrados sob a vigência da Lei nº 8.666/93:

‘A partir dessa distinção entre os conceitos econômico e jurídico de desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial, é possível enumerar alguns fatos que se incluem no risco do negócio, ou seja, na álea ordinária. *Fatos que podem ser supervenientes, provocar o desequilíbrio do contrato, mas não são imprevisíveis (ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis) e, sobretudo, não são extraordinários.* São exemplos: a) *ganhos (ou perdas) de produtividade*; b) aumentos ou reduções dos custos da concessionária que não decorram de fato da administração, fato do príncipe ou teoria da imprevisão; c) *alterações do cenário econômico*; d) *alteração no volume do tráfego ou mudança na sua composição*; e) custos de obtenção dos financiamentos previstos; f) insolvência da concessionária.’ (CINTRA DO AMARAL, 2009, p. 28)

[...]

Estabelecidos os riscos assumidos pelo contratado particular, a título de álea comercial ordinária ou na qualidade específica de contratado público (mas, de igual modo, ordinária), resta fora desse círculo de obrigações a chamada álea extraordinária. Por álea extraordinária compreendem-se no seu âmbito os ditames da ‘teoria da imprevisão’, refletida, sobretudo, nos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666/93, em que o ponto distintivo mais importante se con-

centra na separação entre os riscos passíveis de serem mensurados à época da contratação, com as circunstâncias disponíveis, e aqueles imprevisíveis e, de forma mais ampla, aqueles simplesmente oriundos de conduta alheia ao particular.

[...]

Quanto à manutenção da equação econômico-financeira contratual, não há dúvida ou receio de que esta se constitui num direito subjetivo do contratado consistente na confiança legítima de que serão mantidas as condições efetivas da proposta; no entanto, em relação ao lucro contratual, à rentabilidade da execução material contratada, não existe certeza da sua obtenção ou do seu *quantum*, a não ser uma mera e justa expectativa.’ (grifou-se)

As características peculiares da pandemia da covid-19, como capacidades de transmissão e percentual de internação de pacientes com sintomas médios a leves, levaram a uma necessidade de posicionamento mais firme dos diversos governos mundiais a fim de evitar/postergar/mitigar o colapso dos sistemas de saúde.

Ao contrário do que ocorreu em pandemias anteriores, houve a decretação de estado de calamidade pública nacional. Nos estados e municípios da federação, foi determinada a suspensão de atividades de empresas que não prestam serviços essenciais, bem como massiva propaganda em favor da recomendação de isolamento social. Inclusive, diversas repartições públicas, entre as quais a Justiça Federal, determinaram a realização compulsória de teletrabalho pela imensa maioria dos seus servidores.

Há todo um esforço social para a paralisação das pessoas, com o intuito de diminuir a curva de contaminação; todo esse processo levou à desaceleração da economia e ao fechamento de setores. Todo esse cenário que define a ‘calamidade pública’ levou à suspensão por tempo indeterminado das atividades da parte-autora no espaço conquistado nas dependências do Aeroporto Afonso Pena.

Nos moldes em que *supra* explicado, a equação econômico-financeira de um contrato administrativo possui dois grandes pesos: remuneração e encargos; e, como no cenário atual a remuneração da concessionária é nula, para a manutenção do equilíbrio da mesma proporção devem ser reduzidos os encargos.

(...)

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao caso concreto.

Os relatórios elaborados pela própria Infraero (evento 1, OUT13) comprovam a queda significativa do movimento (embarques e desembarques) no Aeroporto Afonso Pena a partir de março/2020. Mesmo permanecendo pequena movimentação de pessoas, pelo estado de pânico criado desde o reconhecimento pela OMS da condição de pandemia da infecção pela covid-19, é possível presumir que essas raras pessoas que não estão obedecendo à ordem de isolamento social horizontal, ao passarem pelas instalações do aeroporto, não vão permanecer tempo suficiente para consumir os serviços e produtos oferecidos pela autora.

Para as hipóteses de suspensão da execução do contrato em razão da calamidade pública, o próprio contrato prevê que será assegurada ao concessionário a suspensão de suas obrigações até que a situação esteja normalizada, conforme item 30.17 da cláusula VIII (evento 1, OUT5, p. 17):

‘30.17. A suspensão de sua execução, por ordem escrita da CONCEDENTE, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e

contratualmente previstas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao CONCESSIONÁRIO, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação.’

A única proposta de acordo aceita pela Infraero para minimizar os efeitos econômicos da crise (Ofício Circular SBCT-OFC-2020/00011 – evento 1, RESPOSTA10) não atende à faculdade da concessionária expressamente prevista no contrato administrativo:

‘OFÍCIO CIRCULAR N° SBCT-OFC-2020/00012

São José dos Pinhais, 01 de abril de 2020.

Aos

Concessionários do Aeroporto Internacional de Curitiba – Afonso Pena

Assunto: Contraproposta às medidas anunciadas pela Infraero

Prezado(a) Representante,

1. Em resposta à carta enviada, na qual Vossa Senhoria apresenta contraproposta às medidas anunciadas pela Infraero no auxílio ao combate da crise do novo coronavírus, informamos que as ações desta empresa foram devidamente aprovadas pela Diretoria Executiva, estando em consonância com as diretrizes do Governo Federal.

2. Vale lembrar que as medidas são isonômicas e abrangem todos os concessionários comerciais de nossos aeroportos.

3. Assim, visando a preservar transparência e imparcialidade nas nossas ações, bem como no estrito cumprimento das orientações fixadas pela Diretoria Executiva da Infraero, *informamos que o pleito dessa empresa não poderá ser atendido, permanecendo as medidas contingenciais na forma como foram divulgadas.*

4. Por fim, reafirmamos nossa solidariedade com a situação ora vivenciada – seguros de que, juntos, iremos superar este momento.’

A postura da Infraero não pode ser considerada de acordo com a lei e a situação que ocorre no momento.

Conforme os próprios termos do contrato, a autora possui o direito subjetivo à suspensão de suas obrigações, notoriamente pagamento do aluguel mensal, desde a data da decretação da calamidade pública pelo Congresso Nacional (20.03.2020). Acaso essa não seja interpretação almejada pela Infraero ao redigir a citada cláusula geral, o mesmo resultado pode ser obtido analisando as possibilidades de alteração de contrato administrativo em razão do desequilíbrio econômico-financeiro.

Segundo exposto na decisão transcrita, a equação econômico-financeira de um contrato administrativo possui dois grandes pesos: remuneração e encargos; e, como no cenário atual a remuneração da concessionária é nula, para a manutenção do equilíbrio da mesma proporção devem ser reduzidos os encargos.

Sem dúvidas a autora está inserida no conjunto de empresas com maior vulnerabilidade financeira diante da paralisação forçada da economia como ora ocorre. As microempresas possuem relativamente pequeno capital de giro e fluxo de caixa com pequena autonomia para funcionamento sem receitas.

A mera postergação do tempo para pagamento dos alugueres mínimos proposta pela Infraero tem grande probabilidade de levar à falência todas as empresas que no Aeroporto Afonso Pena desenvolvem suas atividades, de modo que, após a superação da crise sanitária, não haverá lojas e restaurantes funcionando no aeroporto para os primeiros corajosos a voltarem a utilizar o avião como meio de transporte.

Dessa forma, igualmente sob a perspectiva do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em especial considerando que a concessionária é microempresa, entendo que o contrato administrativo deve permanecer suspenso até o encerramento do estado de calamidade pública.

No que tange ao aluguel de março/2020, embora o faturamento da autora tenha sido reduzido de forma expressiva no referido mês, a previsão do pagamento de 15% sobre o faturamento tinha como pré-requisito um valor mínimo que deveria ser pago. Assim, fixado o marco temporal, o preço mínimo mensal de R\$ 16.000,00 deve ser proporcional aos dias que a autora pôde funcionar regularmente, o que representa R\$ 9.806,45 (16.000,00*20/31).

Analisarei os pedidos referentes ao período posterior ao isolamento após a oitava da parte contrária, que pode propor um acordo.

Desse modo, verifico a existência da probabilidade do direito.

Quanto ao perigo de dano, entendo igualmente presente, pois a não concessão da medida deferida neste momento causará prejuízos à autora, que poderão levá-la ao processo de recuperação judicial ou falência.

III. Diante do exposto, com base no art. 300 do CPC, defiro o pedido de tutela provisória de urgência, para o fim de: a) no que tange ao pagamento do preço mínimo mensal, determinar a suspensão do contrato administrativo TC 02.2016.007.0055 a partir de 20.03.2020 até o reconhecimento pelo Congresso Nacional do fim do estado de calamidade pública previsto no Decreto Legislativo nº 06, de 20.03.2020; b) autorizar a parte-autora a efetuar o pagamento do preço mínimo do aluguel referente ao mês de março/2020 proporcional à quantidade de dias em funcionamento, o que representa R\$ 9.800,45 (nove mil e oitocentos reais e quarenta e cinco centavos), devendo a parte-autora comprovar o depósito até o dia 10.04.2020 (Sexta-Feira Santa).”

A parte agravante (ré Infraero) pede a reforma da decisão, alegando que:

(a) reconhecendo a excepcionalidade da situação atual e com intuito de compartilhar prejuízos entre as partes, a Infraero lançou o “pacote comercial emergencial” para conferir tratamento isonômico entre os atores envolvidos, mitigando prejuízos enquanto durarem as restrições de funcionamento por decisões governamentais. Entre as medidas, estão a redução temporária da garantia mínima, o diferimento dos pagamentos e o acréscimo de três meses na vigência original do contrato. Com relação ao Aeroporto Internacional Afonso Pena, haveria prorrogação até 10.09 para pagamento do boleto com vencimento em 10.04 e redução de 50% da garantia mínima com vencimento em 10.05, prorrogada até 10.10;

(b) trata-se de situação inédita, e a aplicação do art. 54 da Lei nº 8.666/93, de forma isolada e dissociada de uma interpretação sistemática, é incapaz de resolver adequadamente a relação jurídica contratual. Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica estabelece os princípios

da paridade e da simetria como norteadores das relações contratuais, sendo a revisão excepcional e justificada em casos extremos;

(c) a suspensão do ajuste nos termos da decisão agravada não estabelece equilíbrio financeiro, mas impõe à Infraero o prejuízo decorrente da paralisação do setor aéreo nacional. Aduz haver dano inverso, na medida em que subtrai fonte de receita em momento de necessidade;

(d) a cláusula contratual utilizada como fundamento, 30.17, não versa sobre a impossibilidade de realização da atividade empresarial pelo concessionário por fato alheio à relação contratual, mas sobre a hipótese de a gestora aeroportuária determinar a suspensão das atividades de forma unilateral;

(e) a situação atual afeta em maior medida o operador aeroportuário, porque deve arcar com os custos da infraestrutura, enquanto as receitas advêm da concessão de uso de área e das tarifas aeroportuárias. Não obstante, tal infraestrutura deve ser mantida operacional, inclusive na atual situação;

(f) conclui não haver probabilidade do direito;

(g) a proposta comercial apresentada pela Infraero é razoável e distribui os prejuízos, observando a função social do contrato. Sustenta que deve ser preservada a relação jurídica. Argumenta que o governo federal anunciou medidas mitigadoras e auxílios financeiros e fiscais aos empresários para amenizar os impactos econômicos do surto. Da mesma forma, há mecanismos trabalhistas, contudo, não estendidos às empresas estatais. Conclui que a regra tradicional do reequilíbrio econômico não é capaz de dar solução definitiva;

(h) quanto ao efeito suspensivo, a suspensão do contrato administrativo a partir de 20.03.2020 até o fim do estado de calamidade pública é ruínosa, pois transfere à sociedade ônus injusto. A Infraero precisa garantir a integração nacional para tutelar a saúde e a vida de todos.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão agravada e cassar a tutela de urgência deferida pelo juízo de origem.

Foi proferida decisão que deferiu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento (evento 03 destes autos).

A parte-autora interpôs agravo interno (evento 08) e apresentou contrarrazões ao agravo de instrumento (evento 09).

Em seguida, a parte-autora peticionou e apresentou proposta de acordo (eventos 13 e 15).

Foi proferida nova decisão, esclarecendo que não há espaço no agravo de instrumento para a tentativa de conciliação e determinando a inclusão na próxima pauta disponível (evento 15).

A Infraero apresentou contrarrazões ao agravo interno (evento 23).

O processo foi incluído em pauta.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior: A decisão inicial que deferiu o pedido de efeito suspensivo está assim fundamentada:

“(…)

Trata-se de agravo de instrumento em que concessionário de uso de área (quiosques) de aeroporto administrado pela Infraero postula, contra a concedente, que: (a) seja suspenso o contrato de concessão enquanto perdurar o estado de calamidade decorrente da pandemia pelo coronavírus; (b) fique suspensa a cobrança de aluguéis e encargos nesse período; (c) seja afastada a incidência de encargos moratórios ou penalidades contratuais no período; (d) sejam repactuados, após esses períodos, os valores acertados no contrato de concessão quanto a preços, valores e prazos, nas condições que especifica.

O juízo deferiu parcialmente a tutela antecipada para:

‘(a) no que tange ao pagamento do preço mínimo mensal, determinar a suspensão do contrato administrativo TC 02.2016.007.0055 a partir de 20.03.2020 até o reconhecimento pelo Congresso Nacional do fim do estado de calamidade pública previsto no Decreto Legislativo nº 06, de 20.03.2020; (b) autorizar a parte-autora a efetuar o pagamento do preço mínimo do aluguel referente ao mês de março/2020 proporcional à quantidade de dias em funcionamento, o que representa R\$ 9.800,45 (nove mil e oitocentos reais e quarenta e cinco centavos), devendo a parte-autora comprovar o depósito até o dia 10.04.2020 (Sexta-Feira Santa).’

A Infraero interpôs este agravo de instrumento, pedindo atribuição de efeito suspensivo para imediatamente suspender a tutela de urgência deferida pelo juízo e para restabelecer a vigência do contrato de concessão em todos os seus termos.

Para enfrentamento das questões postas neste agravo de instrumento, especialmente quanto à atribuição de efeito suspensivo, foi preciso que este relator examinasse as seguintes questões: (a) o que a legislação prevê sobre o contrato celebrado entre as partes; (b) o que o respectivo contrato dispôs; (c) qual a situação fática atual comprovada pelas partes; (d) quais os efeitos jurídicos decorrentes dessa situação fática para o contrato vigente entre as partes; (e) quais provimentos recursais devem ser deferidos por este relator neste momento inicial.

Com o exame que fez dessas questões, conforme abaixo explicita, este relator concluiu que estão presentes motivos que justificam a imediata suspensão da decisão agravada, me-

diante efeito suspensivo que agora atribuiu ao recurso, pelos seguintes motivos:

PRIMEIRO, porque a legislação que rege o contrato firmado pelas partes é a Lei 8.666/93, que disciplina com minúcias o contrato administrativo e aparentemente não ampara a pretensão do concessionário em suspender aquele contrato administrativo.

É importante mencionar que o negócio discutido não é contrato particular entre partes privadas, mas contrato administrativo regido pela Lei 8.666/93 e que tem como contratante empresa pública federal, submetida a regime específico de contratação, o que desde já afasta qualquer comparação com situações que envolvam contratos tipicamente privados, como, por exemplo, a relação entre lojistas e administradora de *shopping center*, ou entre inquilinos e proprietários de imóveis privados locados.

Ao contrário, temos contrato administrativo celebrado entre a empresa pública federal que administra e explora o serviço público de infraestrutura aeroportuária brasileira (Leis 5.862/72 e 12.462/11) e o empresário (privado) que aceitou o contrato de concessão de uso de área a ser explorada em aeroporto nacional, com este objeto e finalidade: ‘Concessão de uso de áreas destinadas à exploração comercial de castanhas e amêndoas glaceadas por meio de quiosques, no Aeroporto Internacional de Curitiba – Afonso Pena, em São José dos Pinhais/PR’ (OUT5 do evento 1 do processo originário).

Por se tratar de contrato administrativo, essa contratação necessariamente conta com cláusulas exorbitantes, que lhe são próprias e colocam a administração (concedente) em posição de vantagem em relação ao administrado (concessionário). Nisso não há ilegalidade nem excesso, e isso é próprio e característico desse tipo de negócio.

A vontade livre do concessionário é protegida porque ele tinha liberdade de aderir ou não aos termos da proposta de contratação e à sua equação econômico-financeira (‘mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei’ – artigo 37, XXI, da Constituição). O concessionário não foi forçado a contratar nem foi obrigado a concorrer para contratar. Participou da seleção por sua livre e espontânea vontade e assim ficou vinculado aos termos contratados, ainda que sabedor da posição mais favorecida da administração decorrente das cláusulas exorbitantes necessárias dessa contratação.

Então, uma vez que o contrato foi celebrado, o administrado aderiu a ele e doravante fica aos seus termos submetido e obrigado, especialmente quanto às condições de alteração, prorrogação e rescisão, que dependem sempre de legalidade estrita e buscam a continuidade de prestação do respectivo serviço público, que não pode ser interrompido unilateralmente pelo concessionário.

Essa posição de desvantagem do particular frente à administração se justifica porque assim se instrumentaliza a proteção de um valor maior, que é o interesse público da coletividade, que é protegido quando o serviço público é prestado de forma contínua e sem interrupções. É pelo bem de todos (interesse público no serviço público de infraestrutura aeroportuária) que a contratação administrativa é feita com cláusulas exorbitantes, que não se pode dizer que prejudiquem o particular que contrata porque ele de antemão as conhece e, principalmente, porque ele tem constitucionalmente garantido o equilíbrio econômico-financeiro daquela contratação a que adere (artigo 37, XXI, da Constituição).

Então, numa contratação administrativa, os direitos e os deveres das partes não devem ser interpretados apenas considerando seus interesses particulares, mas sempre devem ser lidos à luz da posição de prevalência da administração, da garantia de continuidade do serviço público e da preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Ainda que tenhamos situação de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra externa, ainda que tenhamos situação de força maior, de caso fortuito ou fato do príncipe, as posições contratuais das partes não são disponíveis a elas nem ao julgador, mas dependem de regime de legalidade estrita: são situações regradas e legalmente disciplinadas.

Em outras palavras, a possibilidade de ocorrer situação imprevisível no contrato é paradoxalmente prevista na própria legislação regente do contrato, que inclusive estabelece e regra o que deve acontecer nessas situações de impossibilidade da prestação decorrentes de força maior ou caso fortuito.

SEGUNDO, porque *as cláusulas do contrato discutido não autorizam a pretendida suspensão do contrato pelo concessionário. A ocorrência de força maior impeditiva da execução do contrato e decorrente de calamidade pública talvez possa autorizar a rescisão do contrato, mas não obriga que a administração aceite nem permite que o concessionário opte pela suspensão de seu cumprimento.*

Aqui é importante examinar, no texto do contrato administrativo firmado pelas partes, como elas dispuseram sobre as situações decorrentes de força maior e calamidade pública.

Temos no contrato administrativo duas cláusulas específicas (OUT5 do evento 1 do processo originário) que precisam ser lidas e interpretadas em conformidade com a legislação.

Estas cláusulas, 30.17 e 30.18, dizem o seguinte:

‘VII – DA INEXECUÇÃO E DA RESCISÃO

29. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou no Regulamento de Licitações e Contratos da Concedente.

30. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

30.17 – A suspensão de sua execução, por ordem escrita da Concedente, por prazo superior a 120 dias, *salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra*, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente previstas, desmobilizações e mobilizações e outras previstas, *assegurado ao Concessionário, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;*

30.18 – A não liberação, por parte da Concedente, de área, local ou objeto para execução de adequação, serviço ou fornecimento ou concessão de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto; *a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regulamentarmente comprovada, impeditiva da execução do contrato; (sic)*

(...)

Como se verifica da transcrição acima e pode ser conferido na íntegra do instrumento contratual (OUT5 do evento 1 do processo originário), houve pequeno defeito na redação dessa cláusula 30.18, porque ali constam dois motivos distintos de rescisão.

Esse defeito na redação da cláusula contratual de forma alguma impede ou dificulta sua compreensão, porque basta lermos as demais subcláusulas constantes da cláusula 30 do contrato para concluirmos que na subcláusula 30.18 temos duas situações distintas, ambas capazes de autorizar por si a rescisão do contrato, sendo que o contrato deve ser assim lido, naquelas cláusulas que interessam ao julgamento deste agravo de instrumento:

‘30. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

30.17 – A suspensão de sua execução, por ordem escrita da Concedente, por prazo superior a 120 dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas, desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao Concessionário, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

30.18 (1ª parte) – A não liberação, por parte da Concedente, de área, local ou objeto para execução de adequação, serviço ou fornecimento ou concessão de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

30.18 (2ª parte) – A ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regulamentarmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;’

Além de a leitura sistemática da cláusula conduzir a essa leitura autônoma da força maior impeditiva como causa de rescisão do contrato, também a redação clara do artigo 78, XVII, da Lei 8.666/93 afastaria qualquer dúvida quanto àquele motivo independente de rescisão, porque os termos da lei foram praticamente repetidos no contrato, nestes termos:

‘Da inexecução e da rescisão dos contratos

Art. 77 – A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI – a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.’

Como se vê, o contrato praticamente copiou como motivos de rescisão os incisos do artigo 78 da Lei 8.666/93, não havendo dúvida de que as situações que envolvem caso fortuito ou força maior, quando impeditivas da execução do contrato, autorizam rescisão do contrato.

Portanto, separando as diversas situações contidas nos incisos XIV e XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93 e nas cláusulas 30.17 e 30.18 do contrato administrativo discutido, temos as seguintes possibilidades quanto àquilo que é discutido nos autos:

(1) se a Infraero suspende a execução do contrato por prazo igual ou inferior a 120 dias, o concessionário não pode ainda pedir a rescisão, apenas buscar as reparações cabíveis;

(2) se a Infraero suspende a execução do contrato por prazo superior a 120 dias (dias contínuos), o concessionário pode pedir a rescisão judicial do contrato (amparado na cláusula 30.17 e na primeira parte do artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93), mas não pode pedir sua suspensão (não há base legal para isso);

(3) se a Infraero suspende a execução do contrato por períodos descontínuos que superem 120 dias (dias descontínuos), o concessionário pode pedir a rescisão judicial do contrato (amparado na cláusula 30.17 e na segunda parte do artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93), ou pode ainda optar por pedir sua suspensão (parte final do artigo 78, XIV);

(4) se ocorrer situação de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, isso somente autoriza a rescisão do contrato se também constituir ‘ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato’ (amparado na cláusula 30.18, na ressalva do artigo 78, XIV, e na previsão específica do artigo 78, XVII, da Lei 8.666/93). Mas aqui não há autorização da suspensão do contrato administrativo (que só existe na situação anterior do artigo 78, XIV, ou na situação do artigo 78, XV, da Lei 8.666/93). O contrato pode ser rescindido, mas não há opção pela suspensão.

TERCEIRO, porque a leitura que faço dos motivos de rescisão do contrato em decorrência de calamidade pública é diferente daquela pretendida pela parte-autora (concessionário), que alega que a calamidade pública autorizaria que ele pudesse optar também pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que fosse normalizada a situação (valendo-se da ressalva e da parte final do artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93).

Isso porque a leitura que faço isola e excepciona (‘salvo em caso de...’) as hipóteses ‘de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra’, como não autorizando a rescisão do artigo 78 da Lei 8.666/93. Ou seja, a rescisão é cabível no caso de ‘suspensão de sua execução (do contrato), por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias’, quando isso não for decorrente de calamidade pública, perturbação interna ou guerra. Se a suspensão decorrer desses motivos, então não está autorizada a rescisão do contrato. Não há hipótese para rescisão por esse motivo, já que a parte final do artigo 78, XIV (que permite a opção pela suspensão), está ligada apenas às suspensões descontínuas (‘... ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, *nesses casos*, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação’). A calamidade pública somente vai interessar ao contrato específico quando a ele se referir e nele interferir, não pela calamidade pública em si (artigo 78, XIV), mas pela força maior impeditiva (artigo 78, XVII).

Ainda que o legislador não tenha primado pela clareza, a menção ao ‘ainda’ antes grifado me parece deixar marcado que não está se referindo a situações de calamidade, perturbação ou guerra, mas apenas às situações contínuas ordinárias (antes do ‘salvo em caso de...’). Quando diz ‘nesses casos’, refere-se apenas à parte final que trata das suspensões descontínuas, que

permitem que o administrado escolha entre a rescisão e a suspensão do contrato, desde que isso não seja decorrente de calamidade pública, perturbação da ordem interna ou guerra.

Dito de outra forma, as suspensões da execução do contrato que decorrem de calamidade, perturbação ou guerra não autorizam aquela específica hipótese de rescisão do contrato (estão excluídas na primeira parte do artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93), e muito menos a suspensão do contrato (não estão alcançadas pelo ‘ainda’ ou pelo ‘nesses casos’ da parte final do artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93).

É razoável que assim seja porque justamente se está a tratar de serviço público e de contrato administrativo, com suas cláusulas exorbitantes feitas para proteger o interesse público e assegurar a continuidade do serviço público.

Numa situação de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, o que se espera do serviço público é que continue funcionando, não havendo, portanto, surpresa em essas situações estarem excepcionadas das hipóteses de rescisão previstas no artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93.

Isso não quer dizer que o concessionário fique desprotegido e tenha que prestar o que não poderia prestar, uma vez que então teremos o motivo específico do artigo 78, XVII, da Lei 8.666/93, que autoriza a rescisão do contrato por ‘ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato’.

Então, se a calamidade pública, a perturbação interna ou a guerra vierem a constituir caso fortuito ou força maior que impeça a execução do contrato, será possível a respectiva rescisão por aquele motivo específico do artigo 78, XVII. Mas por motivo distinto e autônomo daquele previsto no artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93.

Nessas situações de caso fortuito ou força maior (inclusive as decorrentes de calamidade pública), teremos então hipótese de rescisão contratual (artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93) se elas forem fortes o suficiente para impedir a execução do contrato. Ou teremos hipótese que permite alteração de encargos contratados ou da retribuição prevista, incidindo então a previsão específica do artigo 65, II, *d*, da Lei 8.666/93, que vai permitir proteger a posição inicialmente contratada pelo concessionário, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro da contratação, nestes termos:

‘Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, *ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.*’

Portanto, essa me parece ser a leitura correta do disposto nos incisos XIV e XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93, que não autorizam a suspensão do contrato administrativo por opção do concessionário quando ocorra calamidade pública, embora autorizem sua rescisão em decorrência de caso fortuito ou força maior que impeçam a execução contratual.

QUARTO, porque *é preciso considerar também a posição fática da Infraero. Ela não está passiva, mas se mostra proativa e colaborativa, em conduta compatível com a boa-fé e a função social dos contratos (no caso, protegendo a continuidade do serviço público e a liberdade econômica do empresário-concessionário), uma vez que a Infraero se antecipou para oferecer solução amigável e negociada para disciplinar as turbulências havidas na relação contratual em decorrência da pandemia que se avizinha.*

Isso é relevante em face do disposto no artigo 65, II, *d*, da Lei 8.666/93, que prevê a possibilidade de alteração por acordo entre as partes diante de álea econômica extraordinária e extracontratual que venha a configurar caso de força maior ou caso fortuito.

Realmente, ainda que não tenhamos neste momento condições de aferir o que isso representa diante da equação econômico-financeira daquele contrato (o que será examinado no tópico seguinte por este relator), é relevante considerar que a Infraero apresentou a todos seus concessionários proposta que parece razoável para acordo (RESPOSTA10 do evento 1 do processo originário; OFIC4 do evento 1 do agravo), que envolve o seguinte:

‘1. Prorrogação para 10.09 do boleto com vencimento em 10.04 (competência março);
2. Redução de 50% no valor da garantia mínima do boleto com vencimento em 10.05 (competência abril), contemplando ainda a prorrogação do vencimento para 10.10.’

Então, se a alegação do concessionário-autor é a impossibilidade de fazer frente às despesas ordinárias em razão da redução de faturamento no período da calamidade pública decorrente da pandemia, parece que se mostra bastante razoável essa proposta que prorroga para setembro o vencimento da prestação de abril, e ainda prorroga para outubro o pagamento de metade da prestação que venceria em maio.

Destaco que ainda se está num momento muito inicial da pandemia e da calamidade pública no Brasil, não tendo ainda as autoridades federais, estaduais e municipais sequer conseguido chegar a um consenso sobre o tamanho das medidas preventivas que devem adotar, ou prever as consequências sociais e econômicas que disso poderão advir para o país.

É de destacar, inclusive, que o Poder Legislativo se mostra atuante, existindo grande debate no Parlamento brasileiro sobre medidas constitucionais e legais que poderão ser adotadas para disciplinar as relações jurídicas durante o estado de calamidade pública, sendo o Parlamento o espaço democrático apropriado para esse tipo de debate, para o qual o Judiciário não se mostra aparelhado nem vocacionado.

Seja como for, é importante destacar que não há iminência de despejo do concessionário, não se tratando aqui de impedir reintegração na posse ou efetivação de despejo do concessionário. O que ele pretende é ser autorizado a fechar as portas, durante a calamidade pública, dos quiosques que explora e administra dentro do aeroporto, permanecendo com o direito de exploração do serviço público que lhe foi concedido (uso da área específica dentro do aeroporto) quando a situação se normalizar, sem que tenha de pagar qualquer valor, prestação ou aluguel quanto a isso, tudo sem previsão contratual nem autorização legal.

Realmente, a intenção da Infraero em buscar solução conciliatória com todos seus concessionários em todos os aeroportos que administra é conduta que deve ser valorada positivamente no sentido de se manterem as posições contratuais das partes, caso não aconteça o acordo, e assim evitar uma prematura intervenção judicial nessa questão.

QUINTO, porque *a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e das condições inicialmente contratadas pelas partes é fundamental quando se pretende alterar judicialmente cláusulas e condições contratadas pelas partes. Mas nada disso foi trazido de*

forma concreta aos autos pelas partes, que se limitaram a apresentar alegações abstratas e genéricas, sequer demonstrando o concessionário sua efetiva situação financeira e as repercussões que a situação presente traria a toda a contratação.

Realmente, quando se busca, na argumentação da parte-autora ou na documentação constante dos autos, o que significa a contratação em questão para a empresa-concessionária, pouco encontramos.

Creio que os únicos dados concretos existentes nos autos são os termos do contrato (OUT5 do evento 1 do processo originário), constando do instrumento contratual suas especificações:

‘I – OBJETO E FINALIDADE: Concessão de uso de áreas destinadas à exploração comercial de castanhas e amêndoas glaceadas por meio de quiosques no Aeroporto Internacional de Curitiba – Afonso Pena, em São José dos Pinhais/PR.

II – NATUREZA: ATP: 58,71m².

III – UTILIZAÇÃO: COMERCIAL – COM.

IV – PREÇO ESPECÍFICO:

BÁSICO MENSAL: R\$ 39.000,00.

MENSAL: Mínimo: R\$ 16.000,00.

Variável adicional: 15% sobre o faturamento bruto mensal.

GLOBAL: R\$ 999.000,00.

V – PRAZO: 60 meses, de 01.01.2017 a 31.12.2021.’

Além disso, este relator encontrou num dos documentos juntados pela parte-autora (OUT6 do evento 1 do processo originário), de forma incidental, o faturamento aparentemente dos seus três quiosques (‘portas?’) entre os dias 17 e 22 de março de 2020, dando conta do faturamento nesse período (que teria sofrido redução de 56% do período normal), a saber:

‘Em razão da pandemia e da necessidade de contê-la o mais rapidamente possível, considerando as medidas implementadas pelas autoridades municipais, estadual e federal, amplamente divulgadas nos meios de comunicação, os constantes cancelamentos de voos, o declínio acentuado de número de passageiros, que todos esses itens inviabilizam a atividade, venho por meio desta solicitar autorização para o ‘fechamento imediato’, temporariamente, das três unidades Nutty Bavarian em operação nesse aeroporto.

As vendas, a partir do momento em que ocorreram as primeiras divulgações das providências a serem tomadas, na semana de 15 a 21.03, caíram em média 56% nas três unidades, com tendência a 100%, conforme abaixo. A saber:

ACOMPANHAMENTO VENDAS

Dia	Porta A	Porta B	Portão 8
17/mar	R\$ 409,00	R\$ 730,00	R\$ 720,00
18/mar	R\$ 627,00	R\$ 645,00	R\$ 728,00
19/mar	R\$ 264,00	R\$ 405,00	R\$ 706,00
20/mar	R\$ 247,00	R\$ 511,00	R\$ 495,00
21/mar	R\$ 332,00	R\$ 170,00	R\$ 431,00
22/mar	R\$ 214,00	R\$ 95,00	R\$ 118,00
23/mar	R\$ 25,00	R\$ 20,00	R\$ 30,00

As vendas desde a abertura do dia 23 ocorridas até as 14h40min, com ocorrência de venda no período da manhã.’

Ora, ainda que constituindo cálculo grosseiro, podemos ter ideia superficial do faturamento médio de seis dias do concessionário (de 17 a 22 de março, já que o dia 23 de março está incompleto e deve ser desconsiderado). Fazendo a média desses valores (R\$ 409 + 730 + 720 + 627 + 645 + 728 + 264 + 405 + 706 + 247 + 511 + 495 + 332 + 170 + 431 + 214 + 95 + 118 = R\$ 7.847,00), teremos R\$ 1.307,83 por dia (R\$ 7.847,00 dividido por 6 dias), o que resultaria então em faturamento bruto mensal de R\$ 39.235,00 (R\$ 1.307,83 x 30 dias).

Como esse valor corresponde a uma semana ‘ruim’, com 56% do período normal (palavras do próprio concessionário no documento do OUT6 do evento 1), podemos presumir que o faturamento mensal corresponda a R\$ 70.062,50 num período normal (56% de R\$ 70.062,50 corresponde a R\$ 39.235,00).

Esse contrato tem prazo de duração de 60 meses (OUT5 do evento 1 do processo originário), calculando-se então um faturamento bruto global de R\$ 4.203.750,00 (R\$ 70.062,50 x 60).

Desse valor, deveríamos descontar a remuneração prevista pelo contrato para ser paga à Infraero durante toda a contratualidade, que corresponde ao valor mínimo de R\$ 16.000,00 por mês (R\$ 16.000,00 x 60 meses = R\$ 960.000,00), acrescido dos R\$ 39.000,00 que constituem o pagamento do primeiro mês, totalizando R\$ 999.000,00 como remuneração estimada no contrato para toda a contratualidade (remuneração global estimada).

Do total grosseiramente calculado como faturamento bruto (R\$ 4.203.750,00), descontaríamos a remuneração básica global (R\$ 999.000,00), resultando R\$ 3.204.750,00 (R\$ 4.203.750,00 - R\$ 999.000,00), que deveriam sofrer a remuneração adicional de 15%, resultando a remuneração adicional de R\$ 480.712,50 a ser paga à Infraero durante toda a contratualidade e restando como faturamento bruto global, já descontada a remuneração da Infraero, a importância global de R\$ 2.724.037,50 (R\$ 4.203.750,00 - R\$ 999.000,00 - R\$ 480.712,50) ou R\$ 45.400,62 por mês (R\$ 2.724.037,50 dividido por 60 meses).

Ou seja, é possível estimar que a remuneração mensal que a concessionária pague à Infraero corresponda a R\$ 24.661,87 (R\$ 999.000,00 + R\$ 480.712,50 dividido por 60 meses) e o restante do faturamento bruto mensal da concessionária seja R\$ 45.400,62 (do qual deve descontar suas demais despesas de operação).

Provavelmente os cálculos grosseiros feitos por este relator estejam errados e o concessionário possa facilmente demonstrar que os valores mensais e globais do negócio acertado com a Infraero não correspondem a essas somas e a essas médias. Haverá espaço na instrução para isso.

Mas o que se quis demonstrar com esses cálculos é que, com os poucos elementos trazidos aos autos pelo próprio concessionário (OUT5 e OUT6 do evento 1), esse é o pouco que se consegue para justificar eventual quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante os poucos meses em que vai durar a calamidade pública decorrente da pandemia.

Ainda, considerando que, mesmo nesse período, é possível que os aeroportos continuem abertos, porque o serviço público que prestam é essencial, então fica difícil, neste momento inicial da ação ordinária, concluir que as alegações genéricas e abstratas até agora desenvolvidas pelas partes possam justificar uma intervenção judicial forte a ponto de suspender contrato administrativo sem a suficiente previsão legal e com base fática tão escassa e pobre.

Devemos recordar que a lei civil estabelece que ‘o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’ (parágrafo único do artigo 393 do Código Civil). Mas, pela lei administrativa, não basta sua presença para rescindir ou alterar o contrato administrativo, exigindo-se também que sua ocorrência seja ‘impeditiva da execução do contrato’ (artigo 78, XVII, da Lei 8.666/93) ou configure ‘álea econômica extraordinária e extracontratual’ (artigo 65, II, *d*, da Lei 8.666/93).

Essa demonstração ainda não foi feita e, com certeza, será objeto da instrução probatória na ação ordinária, com perícia técnica especializada, capaz de cálculos mais sofisticados que aquelas médias grosseiras arbitradas por este relator com base nos documentos e nas alegações do concessionário (OUT5 e OUT6 do evento 1 do processo originário).

Enquanto isso, entretanto, não se pode dizer que temos situação de ruptura do equilíbrio contratual estabelecido pelas partes quando pactuaram por 60 meses, nem situação que autorizasse, fora do acordo entre as partes, uma intervenção judicial incisiva em momento inicial da pandemia.

SEXTO, porque *não se tem ainda perfeitamente definida a situação de calamidade pública que afete especificamente a posição contratual discutida e, principalmente, venha a romper significativamente a equação econômico-financeira.*

É preciso esclarecer e contextualizar esse fundamento deste relator: não se está dizendo que a pandemia não seja grave, que não cause prejuízos à vida econômica e social, que não inspire preocupação e atenção das autoridades públicas e dos agentes econômicos envolvidos. Não é isso que se diz, porque o que se afirma agora é que, neste processo, neste momento inicial da ação, ainda em fase de tutela provisória e sem mínima instrução probatória que esclareça sobre a situação econômico-financeira do concessionário-autor, não é possível que se lhe defira a gravosa intervenção judicial que suspenda unilateral e totalmente o contrato celebrado pelas partes e que vinha sendo cumprido há tantos meses.

Por exemplo, e isto aqui parece muito importante para que não fiquemos conjecturando sobre hipóteses genéricas abstratamente deduzidas pelas partes, este relator não encontrou nos autos a demonstração do ato que determinou o fechamento e o impedimento total das atividades do concessionário-autor no aeroporto administrado pela Infraero.

Houve determinação da Infraero para que as portas do negócio fossem fechadas? Houve interdição de funcionamento dos quiosques determinada pela autoridade competente? O negócio efetivamente está fechado por ordem do poder público (fato do príncipe) ou da própria Infraero (fato da administração)?

Este relator ainda não encontrou resposta a essas dúvidas. Mas encontrou nos autos (OUT6 e OUT7 do evento 1 do processo originário) solicitações do concessionário-autor, dirigidas à Infraero, dando conta de redução do faturamento, afastamento de funcionário do quiosque por licença e intenção de prevenir contágio, e requerendo autorização para suspensão temporária das três unidades de quiosque em operação no aeroporto, a saber:

No OUT6 do evento 1:

‘Em razão da ‘pandemia’ e da necessidade de contê-la o mais rapidamente possível, considerando as medidas implementadas pelas autoridades municipais, estadual e federal, amplamente divulgadas nos meios de comunicação, os constantes cancelamentos de voos, o declínio acentuado de números de passageiros, para evitar provável contágio de nossos funcionários e/ou passageiros, que todos esses itens inviabilizam a atividade, venho por

meio desta solicitar autorização para o ‘fechamento imediato’, temporariamente, das três unidades Nutty Bavarian em operação nesse aeroporto.

Além do fechamento, para que possamos manter a viabilidade do funcionamento da empresa, a geração de empregos formais e ainda o pagamento de benefícios e salários enquanto as atividades estiverem paralisadas, solicitamos também que o valor de aluguel referente ao mês de março não seja cobrado, e, uma vez fechadas as operações, o mesmo ocorra nos meses subsequentes, cobrando apenas as despesas de manutenção.

Registramos que uma de nossas funcionárias está afastada por 11 dias, conforme anexo.

Esperando compreensão para o momento especial que vivemos, aguardo manifestação o mais breve possível.’

No OUT7 do evento1:

‘Em razão da ‘pandemia’ e da necessidade de contê-la o mais rapidamente possível, considerando as medidas implementadas pelas autoridades municipais, estadual e federal, amplamente divulgadas nos meios de comunicação, os constantes cancelamentos de voos, o declínio acentuado de números de passageiros, para evitar provável contágio de nossos funcionários e/ou passageiros, que todos esses itens inviabilizam a atividade, venho por meio desta solicitar suspensão imediata do contrato 02.2016.007.0055 e assim o fechamento, temporário, das três unidades Nutty Bavarian em operação nesse aeroporto.

Além do fechamento, para que possamos manter a viabilidade do funcionamento da empresa, a geração de empregos formais e ainda o pagamento de benefícios e salários enquanto as atividades estiverem paralisadas, solicitamos também que o valor de aluguel referente ao mês de março seja cobrado proporcionalmente.’

Ainda que diversas notícias da imprensa tenham sido trazidas, não foi aqui ainda indicado o ato concreto do poder público que determinou o fechamento do estabelecimento do concessionário dentro do aeroporto nem foi comprovado que esse estabelecimento não estivesse dentre aqueles ressalvados como ‘essenciais’, que estavam autorizados a continuarem a funcionar mesmo durante a situação de pandemia, enquanto não se determinasse *lockdown* total.

O próprio funcionamento dos aeroportos já foi objeto de controvérsia entre as esferas da Federação, estando o transporte de passageiros incluído entre serviços públicos e atividades essenciais que não podem ser interrompidos sem prejuízo à população (artigo 3º, VI, do Decreto 10.282/20) e que inclusive somente podem sofrer restrições excepcionais e temporárias com cautelas específicas (artigo 3º, VI, da Lei 13.979/20, na redação da MP 926/20).

Portanto, este relator não encontra nos autos a indicação precisa do ato que ordenou o fechamento dos quiosques ou a interdição dos estabelecimentos do concessionário naquele aeroporto. Ao contrário, encontrou apenas solicitação do próprio concessionário dirigida à Infraero para que fosse autorizado a fechar suas portas durante a pandemia e nesse período ficasse temporariamente suspensa a contratação (o pagamento da contraprestação pelo uso da área específica concedida para a exploração comercial), o que não parece neste momento ser suficiente para autorizar a grave intervenção judicial que o concessionário requereu.

Acrescento ainda que seria relevante demonstração inequívoca da origem do ato concreto de interdição e fechamento do estabelecimento, porque isso pode ser relevante para definir responsabilidades e culpa pela interrupção do serviço concedido. Realmente, os efeitos são diferentes se o fechamento foi determinado por autoridade pública (terceiro em relação ao contrato, fato do príncipe), pela concedente (Infraero, fato da administração), ou pelo próprio concessionário (conveniência do negócio).

Assim, evidenciada a verossimilhança do que alegou a Infraero, verifico também presente o risco de prejuízos de difícil reparação à Infraero se não for deferido o efeito suspensivo, uma vez que assim o contrato estaria suspenso sem base legal e sem a adequada remuneração, inclusive com risco para a arrecadação da Infraero e, principalmente, para o próprio serviço público de infraestrutura portuária, seja pelo efeito multiplicador que tais demandas podem representar, seja pelo efeito que o fechamento do estabelecimento concessionário pode trazer ao funcionamento do aeroporto e aos passageiros que dele necessitam ou utilizam.

EM CONCLUSÃO, a partir do pouco que foi trazido até agora pelas partes, em tutela provisória de urgência, pareceu a este relator que: (a) o concessionário-autor talvez pudesse, em tese, ter direito a rescindir unilateralmente (artigo 78, XVII, da Lei 8.666/93) ou alterar consensualmente (artigo 65, II, d, da Lei 8.666/93) o contrato firmado com a Infraero, desde que comprovasse situação concreta de força maior que impedisse a execução do contrato ou rompesse seu equilíbrio econômico-financeiro; (b) não existem ainda nos autos elementos que permitam concluir por ocorrência de força maior decorrente de calamidade pública que impedisse a execução do contrato; (c) a Infraero ofereceu acordo e buscou solução consensual para tentar superar as dificuldades; (d) ainda não estão perfeitamente delimitadas as consequências da pandemia e a força maior quanto ao contrato, uma vez que as consequências da calamidade pública decretada ainda são indeterminadas; (e) não estão ainda razoavelmente demonstrados pelo concessionário os termos da equação do contrato nem evidenciada a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que não pode considerar algumas semanas da concessão, mas deve considerar o período global contratado (no caso, 60 meses); (f) a administração contrata numa posição mais favorável (cláusulas exorbitantes que caracterizam o contrato administrativo), buscando assegurar a continuidade do serviço público e atender ao interesse público, somente em circunstâncias excepcionais estando autorizada a intervenção judicial nas cláusulas contratadas; (g) tanto a legislação regente quanto as cláusulas do contrato aparentemente não amparam a posição pretendida pelo concessionário-autor (não há direito à suspensão do contrato) nem lhe conferem as vantagens que postula (manutenção do contrato com dispensa do pagamento de aluguéis e remuneração no período da suspensão); (h) é mais prudente manter a posição originária contratada e acordada pelas partes, ao menos até que os fatos sejam melhor esclarecidos na instrução probatória e durante o andamento do processo perante o juízo de origem, tudo sem prejuízo de ficar reservado ao juízo de origem novamente apreciar a tutela provisória se novos fatos surgirem ou a instrução probatória apontar sentido distinto daquele precariamente examinado por este relator nesta decisão.

Apenas deixo ressalvada e assegurada ao concessionário-autor a possibilidade de, se assim o desejar, aderir à proposta de acordo que foi oferecida pela Infraero a todos os demais concessionários, ficando desde já ordenado à Infraero que, se assim o manifestar o concessionário e estiverem presentes os demais requisitos (dispensado o prazo de anuência até 30.03.2020, desde que se manifeste à Infraero em até 72 horas após a intimação desta decisão), possa se valer da proposta anteriormente apresentada para dar conta do vencimento de suas obrigações nos meses de abril e maio de 2020, conforme constou do Ofício Circular SBCT-OFC-2020/00011 da Infraero (OFIC4 do evento 1 deste recurso).

(...)"

Não vislumbro razões para conclusão diversa, motivo pelo qual mantenho a decisão agravada.

Reitero, em síntese, parte dos argumentos já deduzidos na decisão acima transcrita:

(a) o contrato discutido não é particular, mas sim contrato administrativo regido pela Lei 8.666/93, o que necessariamente conta com cláusulas exorbitantes que colocam a administração (concedente) em posição de vantagem em relação ao administrado (concessionário), o qual tinha liberdade para aderir ou não aos termos da proposta de contratação, sendo que essa posição de desvantagem do particular se justifica diante da proteção de um valor maior, que é o interesse público da coletividade;

(b) da leitura das cláusulas contratuais, verifica-se que a ocorrência de força maior impeditiva da execução do contrato e decorrente de calamidade pública talvez possa autorizar a rescisão do contrato, mas não obriga que a administração aceite nem permite que o concessionário opte pela suspensão de seu cumprimento;

(c) diversamente do defendido pelo agravado, a calamidade pública não autoriza que ele possa optar pela “suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação” (possibilidade prevista na parte final do artigo 78, XIV, da Lei 8.666/93 apenas para a hipótese de suspensões descontínuas que totalizem 120 dias, sem ocorrência de calamidade pública);

(d) a Infraero mostra-se proativa e colaborativa em conduta compatível com a boa-fé e a função social dos contratos (no caso, protegendo a continuidade do serviço público e a liberdade econômica do empresário-concessionário), uma vez que se antecipou para oferecer solução amigável e negociada para disciplinar as turbulências havidas na relação contratual em decorrência da pandemia;

(e) com os poucos elementos trazidos aos autos no início do processo, não é possível dizer que temos situação de ruptura do equilíbrio contratual estabelecido pelas partes, nem situação que autorizasse, fora do acordo entre as partes, uma intervenção judicial incisiva em momento inicial da pandemia;

(f) não há elementos suficientes, neste momento inicial da ação (decisão agravada proferida ainda no evento 04 do processo originário, antes de qualquer contraditório da parte contrária), que permitam maiores esclarecimentos sobre a situação econômico-financeira do concessio-

nário-autor, de forma a permitir o deferimento de gravosa intervenção judicial que suspendesse unilateral e totalmente o contrato celebrado pelas partes e que vinha sendo cumprido há tantos meses.

Assim, não vejo razões para alterar a conclusão já adotada, não havendo qualquer impedimento para que a questão seja ainda discutida entre as partes perante o juízo de origem e que eventualmente sejam apresentados novos elementos no juízo originário que apontem, de forma concreta, para a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que não restou efetivamente demonstrado no momento inicial em que proferida a decisão agravada.

Sobre a proposta de conciliação da parte agravada, apresentada nestes autos recursais (eventos 13 e 14), reitero que não cabe dar andamento às tratativas de conciliação nos autos deste agravo de instrumento, cujo julgamento deve se limitar a analisar o acerto ou não da decisão agravada, com base nos elementos trazidos nos autos até então e submetidos à apreciação do juízo de origem naquele momento. Observo que não há qualquer prejuízo à parte-autora, considerando que a lide ainda está em andamento e pendente de julgamento no processo originário, cabendo ao juízo de origem dar andamento às tentativas conciliatórias, sendo que, inclusive, a proposta conciliatória foi apresentada concomitantemente nos autos originários (eventos 22 e 23 do processo originário).

Portanto, estou votando por dar provimento ao agravo de instrumento para suspender os efeitos da decisão agravada, ficando ressalvada ao concessionário-autor a possibilidade de aderir à proposta de acordo ofertada anteriormente pela Infraero, conforme já referido na decisão inicial proferida neste recurso, ou, ainda, que outra solução consensual seja buscada entre as partes no processo originário.

Julgado o mérito do agravo de instrumento, resta prejudicado o agravo interno interposto (evento 08).

Ante o exposto, voto por *dar provimento ao agravo de instrumento e por julgar prejudicado o agravo interno*, nos termos da fundamentação.



DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR*

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto

Apelante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras (autora)

Apelante: Carlos Armando Guedes Paschoal (réu)

Apelante: Fernando Bittar (réu)

Apelante: Luiz Inácio Lula da Silva (réu)

Apelante: José Adelmário Pinheiro Filho (réu)

Apelante: José Carlos Costa Marques Bumlai (réu)

Apelante: Paulo Roberto Valente Gordilho (réu)

Apelante: Roberto Teixeira (réu)

Apelante: Emílio Alves Odebrecht (réu)

Apelante: Ministério Público Federal (autor)

Apelante: Emyr Diniz Costa Junior (réu)

Apelado: Agenor Franklin Magalhães Medeiros (réu)

Apelado: Rogério Aurélio Pimentel (réu)

Apelados: Os mesmos

* O voto (p. 98-123), da lavra do Exmo. Sr. Des. Federal **Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**, é parte integrante do acórdão do julgamento do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva no caso do “Sítio de Atibaia”, realizado no dia 27.11.2019. A íntegra do julgamento está disponível na consulta processual do TRF4 no *link* https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001507533&versao_gproc=61&crc_gproc=a500dc82.

EMENTA

“Operação Lava-Jato”. Penal. Processual penal. Suspensão do processo. Manifestação do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Desnecessidade. Inépcia da denúncia. Prolação da sentença. Prejudicialidade. Princípio da correlação. Competência. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Alegações de suspeição rejeitadas. Afastadas as alegações de nulidade da sentença por ausência de fundamentação específica e por curto prazo de tempo para prolação. Cerceamento de defesa. Inexistência. Ausência de inconstitucionalidade do sistema acusatório e do procedimento investigatório do Ministério Público Federal. Higidez da sentença. Fundamentação. Cumprimento ao artigo 93, IX, da CF/88. Julgamento com finalidade política. Não demonstração. Quebra de sigilo telemático. Inexistência de autorização judicial. Invalidez como prova emprestada. Inaptidão para comprovação cabal da tese defensiva. Preliminares rejeitadas. Mérito. Standard probatório. Depoimentos de corréus. Propriedade material do imóvel objeto das benfeitorias. Irrelevância. Litispendência. Modificação do fundamento da absolvição. Descabimento. Corrupção ativa e passiva. Ato de ofício. Causa de aumento de pena. Agente político. Capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura do Poder Executivo. Conjunto de contratos em relação a cada grupo empresarial. Crime único. Crime de tráfico de influência. Desclassificação. Descabimento. Lavagem de dinheiro. Dosimetria da pena. Reparação do dano.

1. Como cláusula de preservação da jurisdição constitucional nacional, o art. 5º, 2, do Decreto Legislativo nº 311/2009, que aprovou o Protocolo Facultativo ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, é expresso ao fixar limites à atuação dos órgãos das Nações Unidas, de modo que não será objeto de exame a comunicação que não tenha esgotado os recursos internos possíveis. Hipótese em que não se revela plausível a suspensão da ação penal para que prevaleça a manifestação excepcional e residual de órgão internacional. Por fim, referido decreto legislativo estava a depender, para introdução no ordenamento interno dos termos do pacto *facultativo*, de decreto executivo, o qual não foi editado até a presente data.

2. Com a prolação da sentença, na qual houve exaustivo juízo de mérito acerca dos fatos delituosos denunciados, resta superada a aventada inaptidão da denúncia.

3. A denúncia é bastante clara e indica todas as circunstâncias em que teriam sido cometidos os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro. Todos os temas que permeiam as condutas imputadas foram exaustivamente avaliados na sentença, que deve ser examinada no todo, e não apenas por um ou outro segmento isoladamente, não havendo falar em alteração essencial em relação aos fatos ou em ausência de correlação entre denúncia e sentença.

4. O auxílio intencional na aquisição de bens em nome de pessoa interposta caracteriza-se como conduta, em tese, de ocultação ou dissimulação, prevista no tipo penal de lavagem de dinheiro, sendo suficiente, portanto, para o oferecimento da denúncia.

5. O princípio da correlação ou da relatividade impõe a necessidade de correspondência entre a condenação e a imputação. Ou seja, a sentença condenatória deve guardar estrita relação com os fatos narrados na denúncia, evitando-se, com isso, que o réu seja processado sem que tenha tido oportunidade de se defender amplamente.

6. Tratando-se de processo com sentença já proferida, como diferenciado pela Súmula nº 235/STJ, e cujo objeto são delitos comuns, sem que haja imputação conjunta ou narrativa de crime eleitoral, não há que se falar em competência da Justiça Eleitoral para o processamento e o julgamento do feito.

7. A competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR firmou-se em razão da inequívoca conexão dos fatos denunciados na presente ação penal com o grande esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A e de suas subsidiárias.

8. As causas geradoras de suspeição e de impedimento em qualquer grau de jurisdição são exclusivas, de acordo com os contornos previstos no Código de Processo Penal para ambos os institutos jurídicos (artigos 252 e 254). O rol inserto no artigo 254 do Código de Processo Penal é taxativo, não sendo suficiente que a parte alegue genérica e infundadamente a suspeição do magistrado sem indicação de fatos concretos e adequados à disciplina legal. Precedente do STF. As insatisfações com

relação às decisões judiciais não estão sujeitas a escrutínio sob a perspectiva da imparcialidade.

9. Fatores externos ao processo não possuem aptidão para causar a suspeição do juiz ou mesmo do órgão ministerial.

10. Não há falar em suspeição da magistrada prolatora ou em nulidade da sentença proferida pela ausência de fundamentação específica ou pelo curto período de tempo para a sua prolação.

11. O provimento final do processo penal é resultado do exercício de cognição do magistrado, sendo comuns, porém, transcrições, referências a outros processos e até mesmo aproveitamento de fundamentações. Às partes não se assegura a utilização de fundamentação exclusiva para cada decisão ou sentença. Garante-se, sim, o exame aprofundado do feito e de todas as provas que foram produzidas, de modo a aferir a responsabilidade criminal do réu com base em prova acima de dúvida razoável.

12. Conforme já ressaltado em outros processos da “Operação Lava-Jato”, a contagem de tempo entre a juntada dos memoriais de alegações finais e a data da publicação da sentença não é parâmetro para aferir a sua validade. O controle da atividade jurisdicional se dá, por excelência, a partir da exteriorização das razões de decidir, em observância ao princípio constitucional da motivação. Dessa forma, da mera alegação de que a sentença foi proferida com rapidez não se infere a sua nulidade, sob pena de se exigir um lapso temporal certo e exato para a formação do convencimento do juízo (nesse sentido, TRF4, HC nº 5009514-73.2019.4.04.0000/PR, 8ª Turma, minha relatoria, *por unanimidade, juntado aos autos em 13.05.2019*).

13. As exceções de suspeição em face de membros do Ministério Público não são sindicáveis em segundo grau por recurso específico, como expressamente define o art. 104 do Código de Processo Penal. De qualquer sorte, afastada a alegação de excesso na atuação ministerial. O exame do caso conclama compreender que o Ministério Público é o titular da ação penal, e seus membros gozam de independência em seu mister. Sob esse enfoque, não é razoável exigir-se isenção daquele que promove a ação penal. A construção de uma tese acusatória – procedente ou não –, ainda que possa gerar desconforto no acusado, não contamina a atuação ministerial.

14. O juiz é o destinatário da prova e pode recusar a realização daquelas que se mostrarem irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme previsão do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal. Ao julgador cabe a aferição de quais são as provas desnecessárias para a formação de seu convencimento, de modo que não há ilegalidade no seu indeferimento de provas quando impertinentes à apuração da verdade.

15. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento fundamentado do pedido de oitiva de testemunha no exterior e de produção de outras provas, forte no poder instrutório do magistrado. Igualmente, não configura prejuízo o indeferimento pelo juízo de testemunha inicialmente arrolada pela defesa se posteriormente houve desistência.

16. A expedição da carta rogatória, a teor do que dispõe o art. 222-A do Código de Processo Penal, exige demonstração de sua imprescindibilidade, ônus do qual a defesa não se desincumbiu.

17. Inexiste ilegalidade na decisão que indefere pedido de defesa para apresentação de alegações finais após os demais corréus, sejam eles colaboradores ou não, pois o art. 403 do Código de Processo Penal estabelece prazo comum aos corréus. O art. 270 do Código de Processo Penal é expresso ao fixar que “o corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público”, pelo que não prospera a construção defensiva no sentido de que o colaborador assume verdadeira postura de acusação.

18. O colaborador não possui interesse direto na condenação, mas, tão somente, em reafirmar suas declarações para fazer jus aos benefícios pactuados. O negócio premial não pressupõe o compromisso de resultado, mas, sim, de colaboração, pouco importando se os demais envolvidos no crime serão efetivamente condenados ou não.

19. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual. Além de meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Precedente: HC 127.483 – *Habeas Corpus*, Dias Toffoli, STF.

20. As provas do processo – diferentemente da colaboração, que é mero meio para a sua obtenção – são produzidas em juízo e submetidas

ao contraditório, como são os depoimentos judicializados dos colaboradores. Significa dizer que o contexto dos crimes e as provas colhidas ficam à disposição de todos os atores processuais no momento das alegações finais, não se podendo falar em modificação dos fatos nesse particular e derradeiro momento de contraditório.

21. Segundo o art. 2º do Código de Processo Penal, “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

22. O princípio *pas de nullité sans grief* implica a manutenção de atos que, embora praticados em desacordo com formalidades legais, atingem seus objetivos, de maneira que o reconhecimento de eventuais nulidades depende da demonstração de efetivo prejuízo sofrido à parte que alega a nulidade, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal.

23. Não há prejuízo às defesas dos corréus não colaboradores pela mera apresentação de alegações finais no prazo comum, porque se cuida de peça processual na qual cada parte traz seus melhores argumentos, mas não inova na posição jurídica ou probatória da parte defendida, muito menos de corréu. Ademais, a defesa não demonstrou qualquer prejuízo na alegada inversão da ordem das alegações finais.

24. A possibilidade de o Ministério Público Federal conduzir investigações foi cancelada pelo Supremo Tribunal Federal. Não demonstrada a alegada tentativa de coação ou intimidação de testemunha na condução do procedimento investigatório ministerial.

25. Não se verifica incompatibilidade do processo penal com a Constituição Federal. O inquérito serve para apurar a existência ou não do delito e identificar os possíveis envolvidos, e o magistrado exerce sobre ele o controle judicial. É inevitável que o magistrado, ao analisar pedidos cautelares, incursione nos fatos que são trazidos ao seu conhecimento, mas sempre em cognição sumária, típica das medidas acautelatórias. A jurisdição na fase de inquérito – justamente com o mister de preservar a investigação – não lesiona a imparcialidade do juiz.

26. Os artigos 156, II, e 402, ambos do Código de Processo Penal, autorizam, expressamente, a produção de prova, tanto pelas partes, como pelo próprio juízo, ainda que de ofício, a qualquer tempo antes da sentença.

27. Existindo identidade de condutas precedentes, é lícita a reprodução atenta dos fatos e das circunstâncias que se comunicam de processo antecedente, sendo também legítima a decisão que adota a técnica da motivação *per relationem*. Também não é manchada pela nulidade a sentença que, nos termos do art. 93, IX, da CF/88, decide fundamentadamente a causa, ainda que alguma linha defensiva não seja exaustivamente debatida, porque incompatível com outras conclusões. O juiz não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses trazidas pela defesa quando os fundamentos invocados demonstram a sua convicção e a sua compreensão com relação à causa e afastam, por consequência, as argumentações das partes.

28. Não se verificam elementos a demonstrar a tese defensiva de nulidade do feito por ter sido feito o julgamento com convicções políticas. Em mais de quarenta apelações criminais de mérito relacionadas à “Operação Lava-Jato”, foram condenados e absolvidos membros de diversos partidos políticos, não encontrando corroboração a alegação de que o processo serviu para propósito escuso.

29. As exceções de suspeição arguidas em grau de recurso foram examinadas pelo colegiado competente e rejeitadas, estando a questão superada no âmbito desta Corte.

30. A possibilidade de quebra de sigilo para fins de instrução criminal abrange vários meios de comunicação, não havendo restrição imposta pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal.

31. Diz a norma constitucional que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII).

32. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto na lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

33. A ausência de autorização judicial para excepcionar o sigilo das comunicações macula indelevelmente a diligência policial das interceptações em causa, ao ponto de não se dever – por causa dessa mácula – sequer lhes analisar os conteúdos, pois obtidos de forma claramente

ilícita, cujos fatos são objeto de apuração em processo penal específico (Operação *Spoofing*).

34. A adoção do expediente a que se refere o art. 616 do *codex* processual penal é mera faculdade do tribunal competente para o julgamento do apelo interposto, devendo a produção das provas das alegações, tanto da acusação quanto da defesa, ficar adstrita ao âmbito da instrução criminal. Precedentes de ambas as turmas julgadoras integrantes da 3ª Seção do STJ.

35. A inadmissão de prova ilícita é princípio norteador do Direito, não somente do processo penal, e sua eventual aceitação em favor do réu pressupõe que, em analogia com o art. 621 do Código de Processo Penal, a qualidade da prova seja incontestável e que, por si só e sem necessidade de interpretação ou integração, conduza a um juízo absolutório.

36. Rejeitadas integralmente todas as preliminares invocadas pelas defesas.

37. “A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o *standard* anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”, consoante precedente do STF na AP 521, rel. Min. Rosa Weber, DJe 05.02.2015.

38. As palavras do corrêu podem ser utilizadas se reveladas com espontaneidade e coerência, suportadas por outros indícios, bem como sujeitas ao contraditório. Tal exegese é extraída do disposto nos artigos 188 a 197 do CPP, destacando-se o direito a reperguntas às partes e à interpretação da confissão segundo os demais elementos de convicção porventura existentes. É dizer, são válidos os depoimentos prestados por colaboradores e por corrêus, sendo que seu valor probatório está a depender da sintonia com os demais elementos de convicção existentes nos autos.

39. A propriedade material do imóvel em que realizadas as benfeitorias objeto desta ação penal, para fins da tipificação dos delitos de corrupção e lavagem de dinheiro, é fato que não exerce qualquer influência na disciplina desses crimes, uma vez que o proveito com o crime pode ser alheio.

40. O crime de corrupção envolve solicitar ou receber vantagem indevida para si ou para outrem. Igualmente, é indiferente para a adequação típica se os favores relativos ao custeio das reformas beneficiaram o titular formal do imóvel ou outrem, pois o delito ocorre com a solicitação ou o recebimento da vantagem indevida.

41. O tipo penal da lavagem abarca o propósito de ocultar ou dissimular a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de bens, direitos ou valores, bem como a conversão de ativos ilícitos em lícitos. A propriedade do imóvel não é essencial para a caracterização da lavagem de dinheiro: havendo a dissimulação na utilização do capital ilícito, dando-lhe a aparência de que os recursos estavam sendo empregados de modo legítimo, resta caracterizado o crime de branqueamento de capitais.

42. Mantido o reconhecimento da litispendência em relação a parte dos fatos denunciados em ação penal anteriormente julgada, na qual foi considerado como crime único de corrupção o conjunto de contratos firmados por uma das construtoras envolvidas no esquema espúrio com contingenciamento de valores em favor de um partido político para uma conta geral de propinas. Não merece acolhida o pleito defensivo para que seja alterado o fundamento absolutório, porque não se nega o fato, tampouco a sua autoria (art. 386, I e IV, respectivamente, do CPP). Pelo contrário, a efetiva prática do delito bem como a sua autoria já foram reconhecidas noutra ação penal, com confirmação inclusive pelo STJ.

43. Pratica o crime de corrupção passiva, capitulado no art. 317 do Código Penal, aquele que solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem.

44. Comete o crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do Código Penal, quem oferece ou promete vantagem indevida a agente público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

45. A prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elementar de tais tipos penais, mas somente causa de aumento de pena (CP, § 1º do artigo 317 e parágrafo único do artigo 333).

46. O ato de ofício deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não no sentido técnico-jurídico, bastando,

para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal, que o ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente (STF, AP 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22.04.2013).

47. Não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde vinculação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. No caso de agente político, esse poder de fato está na capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros, como reconhecido pelo STF na Ação Penal 470.

48. Hipótese em que a corrupção passiva perpetrada por um dos acusados difere do padrão dos processos já julgados relacionados à “Operação Lava-Jato”, não se exigindo a demonstração de sua participação ativa em cada um dos contratos.

49. A manutenção de um mecanismo de captação ilícita de recursos e distribuição de propinas não resulta na prática de vários crimes de corrupção quando o papel desempenhado pelo agente era de liderança e manutenção, sem atuação nos atos individuais de contratação das empresas, de negociação, de pagamento e de distribuição/recebimento de propina em cada contrato. Todavia, caracteriza um crime autônomo o conjunto de contratos referentes a cada um dos grupos empresariais, cujos recursos tenham por destino determinado partido político, em que tenha intervenido, organizado, dirigido ou dado suporte à manutenção do sistema de desvio de valores, uma vez que se acham avenças autônomas entre si.

50. Tendo o agente atuado como o próprio avalista e comandante do “sistema”, a quem se atribuía capacidade política para determinar a nomeação de agentes públicos que levassem adiante o projeto criminoso, e não como um mero intermediário dos atos de corrupção, não há falar em desclassificação para o delito de tráfico de influência.

51. Mantida a condenação pelos delitos de corrupção passiva e ativa pelo recebimento/pagamento de recursos espúrios pela empreiteira Odebrecht em favor do Partido dos Trabalhadores. Aplicável a causa de aumento do artigo 317, § 1º, do CP, porquanto demonstrada a prática do ato de ofício.

52. A lavagem de ativos é delito autônomo em relação ao crime antecedente (não é meramente acessório a crimes anteriores), já que possui estrutura típica independente (preceito primário e secundário), pena específica, conteúdo de culpabilidade própria e não constitui uma forma de participação *post-delictum*.

53. Ausentes provas suficientes quanto ao verdadeiro custeador da primeira fase das reformas e, ainda, quanto à origem (e se ilícita) desses recursos, é imperiosa a absolvição dos réus quanto a tal fato, com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*. Não se negando o fato ou a autoria do delito, não merece prosperar o pedido da defesa para alteração do fundamento absolutório.

54. Comprovada a prática do delito de lavagem de dinheiro por meio de reformas no Sítio de Atibaia realizadas pela Odebrecht e pela OAS. Para cada conjunto de lavagem, comprovada, ainda, a prática de um delito de corrupção passiva pelo recebimento de vantagens pessoais indevidas.

55. Ausentes provas acima de dúvida razoável para justificar um decreto condenatório, resta mantida a absolvição de um dos réus e reformada a sentença para absolver outros três réus, com fulcro no artigo 386, VII, do CPP.

56. Comprovada a autoria e o dolo de um dos apelantes quanto aos dois conjuntos de lavagem (reformas pagas pela Odebrecht e pela OAS), é imperiosa a sua condenação, reformando-se a sentença no ponto.

57. A legislação pátria adotou o critério trifásico para fixação da pena, a teor do disposto no art. 68 do Código Penal. A pena-base atrai o exame da culpabilidade do agente (decomposta no art. 59 do Código Penal nas circunstâncias do crime e em critérios de prevenção). Não há, porém, fórmula matemática ou critérios objetivos para tanto, pois a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena (HC 107.409/PE, 1ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.04.2012, DJe-091, 09.05.2012).

58. Regra geral, a culpabilidade é o vetor que deve guiar a dosimetria da pena. Readequadas as penas-base impostas.

59. Ainda que a lei trate de valor mínimo, a recomposição dos prejuízos causados visa à adequada reparação dos danos sofridos pela vítima

dos crimes, devendo, para tanto, ser composta não apenas de atualização monetária, mas, também, da incidência de juros, nos termos da legislação civil.

60. Reduzido o valor do dano mínimo a ser reparado, ante precedente do STJ em caso análogo, em relação ao mesmo réu. Afastada tal condenação quanto aos demais, por ausência de pedido expresso na inicial acusatória em relação a estes.

61. Hígida a pretensão punitiva, tendo em vista que não decorridos os lapsos prescricionais entre os marcos interruptivos. Inaplicável ao caso a prescrição retroativa entre a data dos fatos e a data do recebimento da denúncia, porque os delitos se consumaram posteriormente à modificação legislativa imposta pela Lei nº 12.234/2010.

62. Mantida a interdição dos réus para o exercício de cargo ou função pública ou de diretor, membro de conselho ou de gerência das pessoas jurídicas pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada a cada um (art. 9º da mesma Lei nº 9.613/98), assim como o confisco do imóvel, nos termos do art. 91, II, *b*, do CP e do art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares e (a) dar provimento às apelações de *José Carlos Costa Marques Bumlai*, *Emyr Diniz Costa Junior*, *Roberto Teixeira* e *Paulo Gordilho*; (b) negar provimento às apelações de *Emilio Odebrecht*, *Carlos Armando Guedes Paschoal* e *Fernando Bittar*; (c) dar parcial provimento às apelações de *Luiz Inácio Lula da Silva*, *José Adelmário Pinheiro Filho* e do MPF; e (d) afastar, de ofício, a condenação de *Fernando Bittar* à reparação do dano, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de novembro de 2019.

Des. Federal *João Pedro Gebran Neto*, Relator.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Presentes os elementos cognitivos que compõem os autos em cotejo com

a equação fática em exame, acompanho o voto do eminente des. federal relator em sua integralidade, gizando algumas questões relevantes.

A Operação Lava-Jato revelou ao país a existência de um esquema criminoso formado por agentes políticos, cartel de grandes empreiteiras e funcionários da empresa Petrobras que, no período estimado entre 2004 e 2014, praticou pluralidade de crimes – dentre os quais corrupção ativa e passiva; lavagem de dinheiro; fraude a licitações – que lesaram interesses de toda a sociedade brasileira.

Em síntese, veio a lume a existência de um grupo de grandes empreiteiras – dentre as quais a OAS e a Odebrecht – que, por meio da formação de cartel (“Clube”), previamente definiam quem seria a vencedora nas licitações promovidas pela empresa Petrobras para a realização de obras vultosas. As empreiteiras integrantes desse cartel pagavam propina a servidores públicos, partidos políticos e agentes políticos para a manutenção do esquema criminoso. A atuação de operadores financeiros no esquema delitivo auxiliava a lavagem do dinheiro para a concretização do pagamento das propinas.

A sistemática frustração à competitividade das licitações promovidas pela Petrobras gerou prejuízos à empresa na ordem de centenas de milhões de reais.

Nesta ação penal, o Ministério Público Federal assevera que a prova reunida até o presente momento no bojo da Operação Lava-Jato – em todas as suas fases – evidencia que o esquema de corrupção operado contra a Petrobras também envolveu o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que teria favorecido os interesses econômicos dos grupos OAS e Odebrecht em troca do recebimento de vantagens econômicas indevidas a modo dissimulado e oculto.

A denúncia (evento 1) é posta em face de:

1) ex-Presidente da República *Luiz Inácio Lula da Silva*, pela prática dos delitos de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro;

2) *Marcelo Bahia Odebrecht*, pela prática do delito de corrupção ativa (Construtora Odebrecht);

3) *José Adelmário Pinheiro Filho*, pela prática dos delitos de corrupção ativa e de lavagem de dinheiro (Grupo OAS);

4) *Agenor Franklin Magalhães Medeiros*, pela prática do delito de corrupção ativa (Grupo OAS);

5) *José Carlos da Costa Marques Bumlai*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (amigo do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva);

6) *Rogério Aurélio Pimentel*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (assessor do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva);

7) *Emílio Alves Odebrecht*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (Construtora Odebrecht);

8) *Alexandrino de Salles Ramos de Alencar*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (Construtora Odebrecht);

9) *Carlos Armando Guedes Paschoal*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (Construtora Odebrecht);

10) *Emyr Diniz Costa Junior*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (Construtora Odebrecht);

11) *Roberto Teixeira*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (advogado do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva);

12) *Fernando Bittar*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (sócio do filho do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva na G4 Entretenimento e Tecnologia Digital);

13) *Paulo Roberto Valente Gordilho*, pela prática do delito de lavagem de dinheiro (Grupo OAS).

Os fatos imputados aos réus vão bem sintetizados na decisão que recebeu a denúncia (evento 7), *in verbis*:

“(…)

A denúncia é extensa, sendo oportuna a síntese.

2. Tramitam por este juízo diversos inquéritos, ações penais e processos incidentes relacionados à assim denominada Operação Lava-Jato.

Em grande síntese, na evolução das apurações, foram colhidas provas, em cognição sumária, de um grande esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal.

Grandes empreiteiras do Brasil, entre elas OAS, UTC, Camargo Corrêa, Odebrecht, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Queiroz Galvão, Engevix, Setal, Galvão Engenharia, Techint, Promon, MPE, Skanska, Iesa e GDK, teriam formado um cartel, por meio do qual teriam sistematicamente frustrado as licitações da Petrobras para a contratação de grandes obras.

Além disso, as empresas componentes do cartel pagariam sistematicamente propinas a dirigentes da empresa estatal calculadas em percentual, de um a três por cento em média, sobre os grandes contratos obtidos e seus aditivos.

A prática, de tão comum e sistematizada, foi descrita por alguns dos envolvidos como constituindo a ‘regra do jogo’.

Na Petrobras, receberiam propinas dirigentes da Diretoria de Abastecimento, da Diretoria de Engenharia e Serviços e da Diretoria Internacional, especialmente Paulo Roberto Costa, Renato de Souza Duque, Pedro José Barusco Filho, Nestor Cuñat Cerveró e Jorge Luiz Zelada.

Surgiram, porém, elementos probatórios de que o caso transcende a corrupção – e a lavagem decorrente – de agentes da Petrobras, servindo o esquema criminoso para também corromper agentes políticos e financiar, com recursos provenientes do crime, partidos políticos.

Aos agentes e partidos políticos cabia dar sustentação à nomeação e à permanência nos cargos da Petrobras dos referidos diretores. Para tanto, recebiam remuneração periódica.

Nesse quadro amplo, vislumbra o MPF uma grande organização criminosa formada, em um núcleo, pelos dirigentes das empreiteiras; em outro, pelos executivos de alto escalão da Petrobras; no terceiro, pelos profissionais da lavagem; e, no último, pelos agentes políticos que recebiam parte das propinas.

A presente ação penal tem por objeto uma fração desses crimes.

Em nova grande síntese, alega o Ministério Público Federal que o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva teria participado conscientemente do esquema criminoso, inclusive tendo ciência de que os diretores da Petrobras utilizavam seus cargos para recebimento de vantagem indevida em favor de agentes políticos e partidos políticos.

A partir dessa afirmação, alega o MPF que, como parte de acertos de propinas destinadas à sua agremiação política em contratos da Petrobras, o Grupo Odebrecht e o Grupo OAS teriam pagado vantagem indevida ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva consubstanciada em reformas no Sítio de Atibaia, por ele utilizado.

Reporta-se a denúncia aos seguintes contratos da Petrobras, nos quais teria havido acertos de corrupção que teriam também beneficiado o ex-presidente.

Do Grupo Odebrecht:

a) contratos da Petrobras com o Consórcio RNEST-Conest para obras na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima/RNEST;

b) contrato da Petrobras com o Consórcio Pipe-Rack para obras no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro/Comperj; e

c) contrato da Petrobras com o Consórcio TUC para obras no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro/Comperj.

Do Grupo OAS:

a) contrato da TAG – Transportadora Associada de Gás, subsidiária da Petrobras, com a Construtora OAS para construção do Gasoduto Pilar-Ipojuca (Pilar/AL a Ipojuca/PE);

b) contrato da Transportadora Urucu Manaus S/A, subsidiária da Petrobras, com o Consórcio Gasam, integrado pela Construtora OAS, para construção do GLP Duto Urucu-Coari (Urucu/AM a Coari/AM); e

c) contrato da Petrobras com o Consórcio Novo Cenpes para a construção predial para ampliação do Cenpes (Centro de Pesquisas e Desenvolvimento Leopoldo Américo Miguez de Mello).

Estima o MPF o percentual de 1 a 3% de propinas pagas nos aludidos contratos.

Parte dos valores de vantagem indevida acertados nos referidos contratos teria sido destinada a agentes da Petrobras e parte a ‘caixas gerais de propinas’ mantidos entre os grupos empresariais e agentes do Partido dos Trabalhadores.

Parte dos valores foi utilizada, segundo a denúncia, em reformas no aludido Sítio de Atibaia.

O referido Sítio de Atibaia seria composto por dois imóveis rurais contíguos, ‘Sítio Santa Bárbara’ e ‘Sítio Santa Denise’, no Município de Atibaia/SP.

O sítio de matrícula 19.720 (Santa Denise) do Registro de Imóveis de Atibaia foi adquirido, em 29.10.2010, por Jonas Leite Suassuna Filho.

O sítio de matrícula 55.422 (Santa Bárbara) do Registro de Imóveis de Atibaia foi adquirido, em 29.10.2010, ou seja, na mesma data, por Fernando Bittar.

Apesar de o sítio ter por proprietários as referidas pessoas, foi constatado, segundo a denúncia, ser ele ocupado com frequência pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e por sua família. Afirma o MPF que o Sítio de Atibaia seria, de fato, de propriedade do ex-presidente.

O sítio em Atibaia passou a sofrer reformas significativas ainda em 2010, ou seja, durante o mandato presidencial, as quais prosseguiram até meados de 2014.

Cerca de R\$ 150.500,00 foram gastos em reformas por José Carlos Costa Marques Bumlai, com o auxílio de Rogério Aurélio Pimentel e de Fernando Bittar e com o conhecimento de Luiz Inácio Lula da Silva.

Cerca de R\$ 700.000,00 foram gastos em reformas pelo Grupo Odebrecht, com o envolvimento específico de Emílio Alves Odebrecht, Alexandrino de Salles Ramos de Alencar e dos subordinados Carlos Armando Guedes Paschoal e Emyr Diniz Costa Júnior, com o auxílio de Rogério Aurélio Pimentel, Roberto Teixeira e Fernando Bittar e com o conhecimento de Luiz Inácio Lula da Silva.

Cerca de R\$ 170.000,00 foram gastos em reformas pelo Grupo OAS, com o envolvimento específico de José Adelmário Pinheiro Filho e do subordinado Paulo Roberto Valente Gordilho, com o auxílio de Fernando Bittar e com o conhecimento de Luiz Inácio Lula da Silva.

Individualiza ainda o MPF as responsabilidades.

Luiz Inácio Lula da Silva, ex-presidente da República, seria o beneficiário das reformas havidas no Sítio de Atibaia e o responsável pelo esquema de corrupção instaurado na Petrobras.

Marcelo Bahia Odebrecht, presidente do Grupo Odebrecht, seria o responsável pela decisão de pagamento de vantagem indevida na forma de uma conta geral de propinas a agentes do Partido dos Trabalhadores, inclusive ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Emílio Alves Odebrecht, presidente do Conselho de Administração do Grupo Odebrecht, manteria relacionamento pessoal com o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e teria participado diretamente da decisão dos pagamentos das reformas do Sítio de Atibaia, com ocultação de que o custeio seria da Odebrecht.

Alexandrino de Salles Ramos de Alencar, executivo do Grupo Odebrecht, seria o principal interlocutor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva com o Grupo Odebrecht e teria participado diretamente da decisão dos pagamentos das reformas do Sítio de Atibaia, com ocultação de que o custeio seria da Odebrecht.

Carlos Armando Guedes Paschoal, diretor da Construtora Norberto Odebrecht em São Paulo, estaria envolvido na reforma do Sítio de Atibaia com mecanismos de ocultação de

que o beneficiário seria o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de que o custeio era da Odebrecht.

Emyr Diniz Costa Júnior, diretor de contratos da Construtora Norberto Odebrecht, supervisionou a obra de reforma do Sítio de Atibaia com ocultação do real beneficiário e de que o custeio seria proveniente da Odebrecht.

José Adelmário Pinheiro Filho, vulgo Léo Pinheiro, presidente do Grupo OAS, foi o responsável pela decisão de pagamento de vantagem indevida ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na forma de custeio de reformas no Sítio de Atibaia.

Agenor Franklin Magalhães Medeiros, executivo do Grupo OAS, participou dos acertos de corrupção nos contratos da Petrobras, tendo ciência de que parte da propina era direcionada a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores.

Paulo Roberto Valente Gordilho, diretor técnico da OAS, encarregou-se da reforma do Sítio de Atibaia, com ocultação do real beneficiário e da origem do custeio.

José Carlos Costa Marques Bumlai teria participado de crime de corrupção no âmbito da Petrobras, pelo qual já foi condenado na Ação Penal 5061578-51.2015.4.04.7000, e seria amigo próximo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Teria sido o responsável pela realização de reformas no Sítio de Atibaia de cerca de R\$ 150.000,00, ciente de que o ex-presidente seria o real beneficiário. Para ocultar a sua participação e o benefício ao então presidente, os fornecedores contratados foram pagos por terceiros e foram utilizados terceiros para figurar nas notas fiscais.

Fernando Bittar, um dos formais proprietários do Sítio de Atibaia, participou das reformas, ocultando que o real beneficiário seria o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e que o custeio provinha de José Carlos Costa Marques Bumlai, do Grupo Odebrecht e do Grupo OAS.

Roberto Teixeira, advogado e amigo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, teria participado da reforma do sítio, ocultado documentos que demonstravam a ligação da Odebrecht com a reforma e orientado engenheiro da Odebrecht a celebrar contrato fraudulento com Fernando Bittar para ocultar o envolvimento da Odebrecht no custeio e que o ex-presidente era o beneficiário.

Rogério Aurélio Pimentel, auxiliar de confiança do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, participou das reformas do Sítio de Atibaia e teria participado da ocultação do custeio das reformas por José Carlos Costa Marques Bumlai e pelo Grupo Odebrecht, assim como do real beneficiário.

Imputa a denúncia aos acusados os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro.

É a síntese da denúncia.

(...)"

Sob regular processamento, adveio v. sentença (evento 1.369) – integrada em sede de embargos de declaração (evento 1.422) – que julgou parcialmente procedente a pretensão condenatória nos seguintes termos:

“(…)

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva para o fim de:

a.1) absolver Luiz Inácio Lula da Silva do crime de corrupção passiva imputado em

razão dos contratos do Gasoduto Pilar-Ipojuca e do GPL Duto Urucu-Coari (item II.2.2.1);

a.2) extinguir sem julgamento de mérito o feito em relação ao crime de corrupção passiva imputado a Luiz Inácio Lula da Silva pelo recebimento de vantagens indevidas da OAS relativas ao contrato Novo Cempes em prol do Partido dos Trabalhadores em razão da litispendência com os autos 5046512-94.2016.4.04.7000 (item II.2.2.1);

a.3) condenar Luiz Inácio Lula da Silva pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP) pelo recebimento de vantagens indevidas da Odebrecht em razão do seu cargo em prol do Partido dos Trabalhadores (item II.2.2.2);

a.4) absolver Luiz Inácio Lula da Silva do crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio por José Carlos Bumlai nas reformas feitas por ele no Sítio de Atibaia, com fundamento no art. 386, VII, do CPP (item II.2.3.1);

a.5) condenar Luiz Inácio Lula da Silva por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela Odebrecht e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira e pelo crime de corrupção passiva ante o recebimento de vantagens indevidas da Odebrecht em razão do seu cargo em benefício próprio. Entre esses dois crimes, aplico o concurso formal (item II.2.3.2);

a.6) condenar Luiz Inácio Lula da Silva por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, em sua redação atual, envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela OAS e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira e pelo crime de corrupção passiva ante o recebimento de vantagens indevidas da OAS em razão do seu cargo em benefício próprio. Entre esses dois crimes, aplico o concurso formal (item II.2.3.3);

b.1) condenar Marcelo Odebrecht por um crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) pelo pagamento de vantagem indevida a agentes do Partido dos Trabalhadores, entre eles o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, relativas aos quatro contratos celebrados com a Petrobras citados na denúncia, sendo dois na RNEST e dois no Comperj (item II.2.2.2);

c.1) absolver José Adelmário Pinheiro Filho do crime de corrupção ativa imputado em razão dos contratos do Gasoduto Pilar-Ipojuca e do GPL Duto Urucu-Coari (item II.2.2.1);

c.2) extinguir sem julgamento de mérito o feito em relação ao crime de corrupção ativa imputado a José Adelmário Pinheiro Filho pelo oferecimento de vantagens indevidas a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores relativas ao contrato Novo Cempes, em razão da litispendência com os autos 5037800-18.2016.4.04.7000 e 5046512-94.2016.4.04.7000 (item II.2.2.1);

c.3) condenar José Adelmário Pinheiro Filho por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, em sua redação atual, envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela OAS e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.3);

d.1) absolver Agenor Franklin Magalhães Medeiros do crime de corrupção ativa imputado em razão dos contratos do Gasoduto Pilar-Ipojuca e do GPL Duto Urucu-Coari (item II.2.2.1);

d.2) extinguir sem julgamento de mérito o feito em relação ao crime de corrupção ativa imputado a Agenor Franklin Magalhães Medeiros pelo oferecimento de vantagens indevidas a agentes políticos do Partido dos Trabalhadores relativas ao contrato Novo

Cenpes, em razão da litispendência com os autos 5037800-18.2016.4.04.7000 e 5046512-94.2016.4.04.7000 (item II.2.2.1);

e.1) condenar José Carlos da Costa Marques Bumlai por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados nas reformas feitas por ele em benefício do ex-presidente no Sítio de Atibaia (item II.2.3.1);

f.1) absolver Rogério Aurélio Pimentel de todas as imputações que lhe foram feitas na denúncia, com fundamento no art. 386, VII, do CPP;

g.1) condenar Emílio Odebrecht por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela Odebrecht e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.2);

h.1) condenar Alexandrino de Salles Ramos Alencar por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela Odebrecht e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.2);

j.1) condenar Carlos Armando Guedes Paschoal por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela Odebrecht e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.2);

k.1) condenar Emyr Diniz Costa Junior por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela Odebrecht e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.2);

l.1) condenar Roberto Teixeira por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela Odebrecht e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.2);

m.1) absolver Fernando Bittar dos crimes de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998 (redação anterior à Lei 12.683) envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio por José Carlos Bumlai e pela Odebrecht nas reformas feitas no Sítio de Atibaia, com fundamento no art. 386, VII, do CPP (itens II.2.3.1 e II.2.3.2);

m.2) condenar Fernando Bittar por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, em sua redação atual, envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela OAS e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.3);

n.1) condenar Paulo Roberto Valente Gordilho por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, em sua redação atual, envolvendo a ocultação e a dissimulação dos valores utilizados no custeio pela OAS e do beneficiário nas reformas feitas no Sítio de Atibaia por aquela empreiteira (item II.2.3.3).

(...)"

Os autos subiram a este Tribunal a móvel de apelações interpostas por Ministério Público Federal, Petrobras, Emyr Diniz da Costa Júnior,

José Adelmário Pinheiro Filho, Paulo Roberto Valente Gordilho, José Carlos Costa Marques Bumlai, Emilio Alves Odebrecht, ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, Roberto Teixeira, Fernando Bittar e Carlos Armando Guedes Paschoal.

Em relação às questões preliminares, anoto que os votos dos ilustres des. federal relator e des. federal revisor examinaram-nas a modo percuciente. Dentre elas, destaco aquela atinente à alegada nulidade do julgamento em decorrência da fixação de prazo comum ao oferecimento de alegações finais para todos os réus – colaboradores ou não colaboradores.

Sobre o tema das nulidades, com amparo na disciplina do art. 563 do Código de Processo Penal e da remansosa jurisprudência do Pretório Excelso sobre o tema, perfilho o entendimento de que a decretação de nulidade no processo penal não prescinde da demonstração de prejuízo concreto da parte, sendo infactível presumi-lo tão só pela natureza da norma infringida.

Dessa forma, não é suficiente para o reconhecimento da alegada nulidade a sua mera invocação, impondo-se, por parte de quem a alega, a comprovação do prejuízo real, efetivo, do direito de defesa. Nesse mesmo sentido, orienta-se a melhor doutrina: Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1960, v. II, p. 288; Borges da Rosa, *Nulidades do processo*, Livraria do Globo, 1935, p. 139 e 146; G. Stefani/G. Levasseur, *Procédure pénal*, Dalloz, 1993, p. 599; R. Garraud, *Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1912, tomo 3, p. 421 e seguintes; Philadelpho Azevedo, *Um triênio de judicatura*, Max Limonad, v. IX (Direito Penal), p. 248-252 e 260.

Por consequência, o recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 157.627 – enquanto orientação isolada sobre a suficiência de mera presunção de prejuízo à decretação de nulidade no processo penal – não pode ser aplicado a modo *incontinenti*, sem qualquer modulação. Ausente efeito vinculante, até que advenha a publicação daquele acórdão, o dissenso que dele se faça no caso concreto, em prestígio à disciplina do art. 563 do CPP e à até então remansosa jurisprudência do Pretório Excelso, não consubstancia desobediência àquele julgado.

Ainda, cabe assinalar que o voto do eminente des. federal revisor demonstrou que o conteúdo das alegações finais dos réus neste caso concreto – sejam colaboradores ou não – em nada influenciou “na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” e, por essa razão, a disciplina do art. 566 do CPP também aponta ao rechaço da preliminar ora destacada.

Por derradeiro, cumpre referir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sequer admite que a “alteração de jurisprudência” fundamente pedido de revisão criminal, sendo bastante exemplificativo citar a Revisão Criminal nº 4.593/SP, rel. Min. Thompson Flores, Tribunal Pleno (RTJ 96/988) e a Revisão Criminal nº 4.626/SP, rel. Min. Rafael Mayer, Tribunal Pleno (RTJ 97/540).

Ao proferir o seu erudito voto na Revisão Criminal nº 4.626/SP, asseverou o eminente Ministro Cordeiro Guerra, *verbis*:

“A alteração da jurisprudência dominante, a meu ver, não é causa suficiente para o deferimento de revisão criminal, máxime, em incidente de execução de sentença condenatória, proferida conforme a lei.

Na América do Norte, a Suprema Corte, ao julgar o famoso caso *Miranda*, em 1966, que assegurou aos acusados o direito de não serem interrogados sem a assistência de defensor – o que legitimaria a anulação de todos os processos anteriores, em que tal preceito não tivesse sido observado –, resolveu, no caso *Johnson v. New Jersey*, também em 1966, que o princípio ‘*only prospectively from the date of the decision, June 13, 1966, to trial begun thereafter*’ – (*Modern Constitutional Law* – v. I, § 5:38 – p. 325 – Chester J. Antieau) seria aplicável.

Isto é, a nova jurisprudência só seria aplicável aos casos futuros, e não retroativamente, e isso atendendo às consequências que a aplicação retroativa do princípio enunciado, nos casos *Gideon Escobedo* e *Miranda*, teriam em detrimento da segurança dos cidadãos americanos (*The American Constitution: cases and material* – William B. Lockhart, Yale Kramisar, Gesse H. Cheper – 1975 – p. 512).” (*In* RTJ 97/545-6)

Sobre a existência de litispendência em relação à pretensão condenatória pela prática dos crimes de corrupção nos contratos celebrados entre o Grupo OAS e a Petrobras indicados na denúncia, anoto que a Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000 encerra pretensão condenatória em face dos dirigentes da OAS e do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva pela prática dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro nos contratos firmados pela empreiteira com a Petrobras. Naqueles autos, o ex-presidente restou condenado pela prática do crime de corrupção passiva – sendo fixada a unidade delitiva para o conjunto de contratos firmados entre o Grupo OAS e a Petrobras –, e os réus José

Adelmário Pinheiro Filho e Agenor Franklin Magalhães Medeiros, pela prática do crime de corrupção ativa.

Assim, não há negar que a pretensão condenatória deduzida nestes autos em face do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva (prática do crime de corrupção passiva) e dos réus José Adelmário Pinheiro Filho e Agenor Franklin Magalhães Medeiros (prática do crime de corrupção ativa) já se encontra judicializada.

Rigorosamente, fixada naquela ação penal a existência de unidade delitiva para o *conjunto dos contratos* celebrados pelo Grupo OAS com a Petrobras (um único crime de corrupção passiva e um único crime de corrupção ativa), o reconhecimento da litispendência entre este processo e aquele de nº 5046512-94.2016.4.04.7000 – e a consequente extinção do presente feito sem julgamento de mérito no tópico – é medida que se impõe.

No mérito, presentes os fundamentos adotados pelos ilustres des. federal relator e des. federal revisor à formação do seu juízo valorativo – aos quais eu adiro em sua integralidade –, permito-me gizar alguns fatos e provas que apontaram à minha integral adesão àquele referido juízo valorativo.

Em obra clássica, ao comentar o art. 317 do Código Penal, conclui o insigne Mestre Nelson Hungria, *verbis*:

“Trata-se de crime eminentemente formal ou de consumação antecipada. Basta para sua consumação, como já vimos, a simples solicitação da vantagem indevida, mesmo que não fôsse intenção do *intrans* praticar a ação ou abstenção de que se cogite. Ainda na hipótese de efetivo recebimento da vantagem ou de aceitação da promessa de vantagem, não importa que o *intrans*, por arrependimento ou obstáculo superveniente, deixe de cumprir o torpe ajuste: o crime se considerará como levado *ad exitum*.”

E, em outra passagem, acrescenta, *verbis*:

“É irrelevante que o ato funcional (comissivo ou omissivo) sôbre que versa a venalidade seja ilícito ou lícito, isto é, contrário, ou não, aos deveres do cargo ou da função.” (*In Comentários ao Código Penal*, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, v. IX, p. 369 e 368, respectivamente. Da mesma forma, Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, traduzido por Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1961, tomo 8, v. III, p. 237-244)

Nesse sentido, deliberou o egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Criminal nº 1.290/RJ, relator o Ministro Soares Muñoz, *verbis*:

“Corrupção passiva. Tipifica o crime o recebimento de vantagem indevida. É irrelevante que o ato funcional sobre que versa a venalidade seja lícito ou ilícito.” (In RTJ 83/329)

No caso dos autos, a denúncia traz um capítulo no qual imputa aos réus a prática dos crimes de corrupção nos contratos celebrados entre a Odebrecht e a Petrobras indicados na denúncia. Releva anotar que, em ações penais diversas, alguns dirigentes da Odebrecht foram condenados pela prática de crimes relacionados a tais contratos, a saber:

1) Ação Penal nº 5036528-23.2015.4.04.7000 (crimes de organização criminosa, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro). A denúncia é posta em face de Alberto Youssef, Alexandrino de Salles Ramos de Alencar, Bernardo Schiller Freiburghaus, Celso Araripe D’Oliveira, Cesar Ramos Rocha, Eduardo de Oliveira Freitas Filho, Marcelo Bahia Odebrecht, Márcio Faria da Silva, Paulo Roberto Costa, Paulo Sérgio Boghossian, Pedro José Barusco Filho, Renato de Souza Duque e Rogério Santos de Araújo;

2) Ação Penal nº 5083376-05.2014.4.04.7000 (corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, organização criminosa e uso de documento falso). A denúncia é posta em face de Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa, Waldomiro de Oliveira, José Adelmário Pinheiro Filho, Agenor Franklin Magalhães Medeiros, Mateus Coutinho de Sá Oliveira, José Ricardo Nogueira Breghirulli, Fernando Augusto Stremel Andrade e João Alberto Lazzari;

3) Ação Penal nº 5027422-37.2015.4.04.7000 (corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, organização criminosa e uso de documento falso). A denúncia é posta em face de Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa, Dalton dos Santos Avancini, João Ricardo Auler, Eduardo Hermelino Leite, Waldomiro de Oliveira, Marcio Andrade Bonilho, Ricardo Ribeiro Pessoa, Jayme Alves de Oliveira Filho e Adarico Negromonte Filho;

4) Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000 (corrupção e lavagem de dinheiro). A denúncia é posta em face do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, Marisa Letícia Lula da Silva, Paulo Tarciso Okamoto, José Adelmário Pinheiro Filho, Agenor Franklin Magalhães Medeiros, Paulo Roberto Valente Gordilho, Fábio Hori Yonamine e Roberto Moreira Ferreira.

Nas referidas ações penais, a condenação ditada àqueles réus pela prática delitiva envolvendo os contratos celebrados entre a Odebrecht e a Petrobras – inclusive os que são indicados na denúncia em exame – demandou do Poder Judiciário a análise das circunstâncias atinentes a cada uma das avenças. A prova coligida em cada um daqueles processos, somada à que destes autos consta, consubstancia prova acima de dúvida razoável que empresta higidez à condenação dos réus Marcelo Odebrecht e ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

No tópico, vale citar excerto da v. sentença quanto à análise da prova, *in verbis*:

“(…)

Entre os elementos de corroboração dos depoimentos, além dos já citados *e-mail* e agenda, estão planilhas anexadas ao evento 1.323, anexos 3, 4 e 5, que são referentes à contabilidade mantida entre Marcelo e Palocci acerca dos pagamentos efetuados pelo grupo ao Partido dos Trabalhadores.

Analisando tais planilhas, constata-se que o codinome ‘Feira’ é citado em três momentos. Em 2008, ‘Evento 2008 (Eleições Municipais) via Feira’ e ‘Evento El Salvador via Feira’, e, em 2011, ‘Feira (atendido 3,5 MM de Fev a Maio de 2011) Saldo Evento’ e ‘Feira (Pagto fora = US\$ 10 MM)’.

‘Feira’, como já comprovado nos autos 5054932-88.2016.4.04.7000, era a identificação dada pelo Setor de Operações Estruturadas aos pagamentos efetuados em benefício de Mônica Moura e João Santana, o que foi confirmado ainda nos depoimentos de Hilberto Mascarenhas e Fernando Migliaccio (evento 367, anexo 11, e evento 476, termo5).

A participação direta de Luiz Inácio Lula da Silva no gerenciamento dessa ‘conta geral’ controlada por meio da ‘planilha italiano’ também foi confirmada em depoimentos que trataram de valores pagos a Mônica Moura e João Santana destinados à campanha presidencial de El Salvador.

(…)

Os pagamentos encontrados nessas planilhas e confirmados em depoimentos são também corroborados pela análise de quebras de sigilo bancário feitas em cooperação internacional e já mencionadas na sentença da ação 5054932-88.2016.4.04.7000.

Segundo a análise desses documentos, o Grupo Odebrecht, por meio de contas no exterior em nome das *offshores* Innovation Research Engineering and Development Ltda. e Klientfeld Services Ltda., efetuou a remessa do valor total de US\$ 10.219.691,08, no período de 19.07.2011 a 18.07.2012, para a conta da *offshore* Shellbill Finance S.A., em benefício de Mônica Moura e João Santana (extratos e documentos anexados no evento 1.323, anexos 272, 273 e 274).

No evento 466, anexo2, consta ainda um *e-mail* de Marcelo Odebrecht em que ele menciona: ‘sobre minha conta corrente com o italiano’, ‘só ele e amigo do meu pai sabem’. Ou seja, somente Palocci (italiano) e Lula (amigo do meu pai) tinham conhecimento específico dessa planilha, que era apenas uma parte do acerto geral de contas entre a empresa e o Partido dos Trabalhadores...

(...)

Nesse mesmo evento 466, há uma série de trocas de *e-mails* que indicam a relação espúria mantida entre a Odebrecht e o Partido dos Trabalhadores.

Em conclusão, a análise das provas anexadas aos autos e aos apensos permite afirmar que:

– há um conjunto probatório farto sobre o pagamento de propinas por parte da Odebrecht nos quatro contratos celebrados com a Petrobras citados na denúncia;

– parte dos valores, em especial no que tange à parcela referente à Diretoria de Serviços da Petrobras, era direcionada ao Partido dos Trabalhadores;

– todos os valores não contabilizados pagos pelo Grupo Odebrecht, dentre os quais estariam os valores pagos a título de propinas a agentes públicos e políticos, eram entregues a seus destinatários por meio do Setor de Operações Estruturadas da companhia;

– as informações sobre causas e formas de pagamento eram compartimentadas – ou seja, quem concretizava o pagamento não sabia sua causa e vice-versa – de forma a dificultar o rastreamento das informações sobre os ilícitos praticados;

– parte da contabilidade dos valores devidos a título de propinas do Grupo Odebrecht para o Partido dos Trabalhadores foi feita por meio da ‘planilha italiano’, sendo negociada diretamente por Marcelo Odebrecht e Antonio Palocci, com o conhecimento de Lula;

– Palocci foi credenciado por Lula para falar com a Odebrecht em nome dos interesses do Partido dos Trabalhadores;

– há provas de que Lula tinha participação direta nessas negociações de propinas entre o Grupo Odebrecht e o PT. Entre as provas produzidas a esse respeito nos presentes autos, cito sua responsabilidade na indicação e na manutenção dos diretores da Petrobras – como já tratado no tópico referente aos crimes de corrupção e à OAS; na indicação a João Santana e Mônica Moura de serviços que seriam por eles prestados e pagos de forma não contabilizada pela Odebrecht; no credenciamento de Palocci para falar em seu nome; e, por fim, por ter sido beneficiado diretamente de valores oriundos do Setor de Operações Estruturadas da empreiteira – como será tratado no tópico II.2.3.3, referente às reformas feitas pela Odebrecht no Sítio de Atibaia.

Não há de fato prova de que exatamente o valor pago a título de propina ao Partido dos Trabalhadores nos quatro contratos citados na denúncia foi empregado diretamente no pagamento de campanhas ou de despesas pessoais de dirigentes do partido, entre eles Luiz Inácio Lula da Silva.

Contudo, esse rastreamento específico não seria possível, pois, além de o dinheiro ser um bem fungível, isso seria dificultado pela forma adotada pelo Grupo Odebrecht para realizar ‘pagamentos não contabilizados’.

Restou comprovado que o grupo destinava a concretização desses pagamentos a um setor específico, ao qual incumbia somente verificar a existência de saldo e realizá-los mediante ordem de um dos diretores da companhia, sem saber as razões pelas quais estava fazendo cada um dos pagamentos.

(...)

Registre-se ainda a conclusão do laudo pericial anexado ao evento 815, o qual afirma que o caixa único para pagamentos de propinas por meio do setor de operações estruturadas da empreiteira tinha como fonte diversas obras, tanto no Brasil quanto no exterior, *inclusive da Petrobras*.

(...)

Portanto, cabe concluir, até por coerência com o que já decidido nos autos 5036528-23.2015.4.04.7000, que restou comprovado o pagamento de vantagens indevidas pela Odebrecht relativas aos quatro contratos celebrados com a Petrobras, sendo dois na RNEST e dois no Comperj. Tais valores também formaram o saldo existente entre a empreiteira e o Partido dos Trabalhadores, parte deles gerenciada por meio da ‘planilha italiano’.

Comprovado ainda que o réu *Luiz Inácio Lula da Silva* teve participação ativa nesse esquema, tanto ao garantir o recebimento de valores para o caixa do partido ao qual vinculado, quanto recebendo parte deles em benefício próprio. Tais verbas foram solicitadas e recebidas indevidamente em razão da função pública por ele exercida, pouco importando, pelo tipo penal, se estas se deram parcialmente após o final do exercício de seu mandato.

O fato de sua responsabilidade não ter sido apurada em auditorias internas ou externas da Petrobras ou o fato de as nomeações de diretores passarem pelo crivo do Conselho da Administração não afastam sua responsabilidade. Como já dito em outros julgamentos, auditorias são limitadas, e nem sequer identificaram, à época oportuna, o grande esquema de corrupção já desvendado.

Assim, concluo caber sua condenação pelo crime de corrupção passiva em razão do pagamento de propinas destinadas ao caixa geral do Partido dos Trabalhadores mantido perante a Odebrecht, para o qual contribuíram os quatro contratos indicados na denúncia.

De qualquer forma, seguindo o padrão já adotado na sentença e no acórdão dos autos 5046512-94.2016.4.04.7000, bem como no tópico II.2.2.1 desta sentença, entendo que se deve reconhecer a existência de um único crime de corrupção, pois cabia a *Luiz Inácio Lula da Silva* dar suporte à continuidade do esquema de corrupção havido na Petrobras, não sendo comprovada sua participação específica em cada negociação realizada nessas contratações.

Reputo também comprovado que *Marcelo Odebrecht*, também em razão da posição ocupada na presidência do grupo, pela ciência que tinha dos acertos realizados nos contratos celebrados com a Petrobras, criando ainda o Setor de Operações Estruturadas para concretizar os pagamentos e controlando por meio da planilha italiano parte dos valores pagos pelo grupo ao Partido dos Trabalhadores e a seus representantes, prometeu e ofereceu vantagens indevidas a *Luiz Inácio Lula da Silva*, em razão do cargo de presidente da República por ele exercido.

Por coerência, é imputável a ele também um único crime de corrupção ativa.
(...)”

Com efeito, tudo está cumpridamente provado nos autos, como bem acentua o douto relator, e, nessa conformidade, entendo comprovados a materialidade, a autoria e o dolo delitivos dos réus *Marcelo Bahia Odebrecht* e ex-Presidente *Luiz Inácio Lula da Silva* nesse capítulo da denúncia.

Quanto às reformas do “Sítio de Atibaia” (conjunção das áreas dos Sítios Santa Denise e Santa Bárbara), inicialmente, cabe demonstrar a vinculação do ex-Presidente da República *Luiz Inácio Lula da Silva* com o referido imóvel e, conseqüentemente, o proveito direto das benfeitorias lá havidas. Note-se, nesta ação penal não cabe perquirir sobre

a higidez da propriedade formal das áreas que compõem o “Sítio de Atibaia”; interessa à lide demonstrar que as reformas havidas no imóvel atenderam às necessidades do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que, efetivamente, foi quem teve proveito direto delas.

A vinculação do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva com o “Sítio de Atibaia” e o seu proveito direto das benfeitorias realizadas no imóvel restam evidenciados pelos seguintes elementos cognitivos, dentre outros:

1) os proprietários do “Sítio de Atibaia” – Fernando Bittar e Jonas Leite Suassuna Filho –, nos termos da denúncia, possuem intrincado relacionamento societário com Fábio Luís Lula da Silva (filho do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva), sendo exemplificativo citar que Jonas Leite Suassuna Filho é administrador da sociedade empresária *BR4 Participações Ltda.*, assim como Fábio Luís Lula da Silva; Fernando Bittar, por sua vez, é sócio de Fábio Luís Lula da Silva na sociedade empresária *G4 Entretenimento e Tecnologia Digital Ltda.*;

2) conforme obtido em fontes abertas na Internet, Fábio Luís Lula da Silva moveu, no ano de 2015, ação perante o Supremo Tribunal Federal na qual informou como endereço residencial [*omissis*], imóvel registrado no nome de Jonas Leite Suassuna Filho;

3) nas operações de compra do Sítio de Atibaia/SP, também se verifica a participação do advogado Roberto Teixeira – sócio do escritório *Teixeira, Martins e Advogados* (CNPJ [*omissis*]) –, o qual goza da extrema confiança do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo responsável por representá-lo, bem como a seus familiares, em ações judiciais;

4) a participação de Roberto Teixeira na aquisição do sítio foi reconhecida por Adalton Emilio Santarelli, vendedor da propriedade, o qual informou que Roberto Teixeira foi o advogado que representou Jonas Leite Suassuna Filho e Fernando Bittar na aquisição do imóvel, em 2010;

5) as escrituras de venda e compra dos imóveis que compõem o sítio foram lavradas na mesma data (29.10.2010), pelo mesmo escrevente (João Nicola Rizzi) e no mesmo local: [*omissis*]. Este é o endereço em que está situado o escritório de advocacia *Teixeira, Martins e Advogados*;

6) *e-mails* trocados por diferentes pessoas atribuindo a titularidade do bem ao ex-presidente (evento 2, ANEXOS 254 a 268);

7) aquisição de barcos, pedalinhos e outros utensílios em nome ou em favor da família (evento 2, ANEXO 276, 262);

8) objetos pessoais (evento 2, ANEXOS 225 a 227);

9) edificações para segurança presidencial e dispositivos eletrônicos de segurança (evento 2, ANEXO 27, p. 7);

10) dados obtidos na praça de pedágio (evento 2, ANEXO 250 – Relatório de Informação nº 029/2017);

11) relatório de diárias pagas aos seguranças do ex-presidente (evento 2, ANEXO 251);

12) busca e apreensão na residência do ex-presidente (evento 2, ANEXOS 286, 288 e 289) – na residência do ex-presidente, em São Bernardo do Campo, foram apreendidos diversos documentos relativos à reforma do sítio;

13) *quebra de sigilo telemático* de Elcio Pereira Vieira, vulgo “Maradona”, caseiro do Sítio de Atibaia – vários *e-mails* encaminhados por Maradona ao Instituto Lula, todos com assuntos relacionados ao dia a dia da gestão do sítio, tais como encaminhamento de listas de materiais de construção necessários para intervenções, recibos de compras de itens da propriedade, relato sobre os animais de estimação (peixes, galinhas, pavão, etc.). Destacam-se os seguintes *e-mails* extraídos da conta [*omissis*]:

a. Em 31 de julho de 2014, MARADONA encaminha *e-mail* com o título ‘obras no sítio’ para o INSTITUTO LULA (apoio@institutolula.org) com uma lista de materiais para realização de obras no sítio. No corpo do texto, MARADONA escreve que combinou com dona MARISA que os materiais para fazer acabamento seriam vistos depois.

b. Em 05 de agosto de 2014, MARADONA encaminha para o INSTITUTO LULA correio eletrônico com o título ‘lago e pato’, com seis anexos de fotos do lago e dos pedalinhos do sítio, adquiridos por segurança de LULA. Com efeito, por ocasião do cumprimento de mandado de busca e apreensão no Sítio de Atibaia, os pedalinhos foram lá encontrados pelos peritos federais, assim como suas capas, as quais levavam os nomes dos netos de LULA.

c. Em 05 de outubro de 2014, MARADONA encaminha mensagem eletrônica para o INSTITUTO LULA com o título ‘armadilha’. No *e-mail*, o caseiro do Sítio de Atibaia informa que ‘ocorreu mais um pintinho essa noite e caiu dois gambá nas armadilhas’ [*sic*].

d. Em 23 de outubro de 2014, MARADONA encaminha *e-mail* para o INSTITUTO LULA com o título ‘pintinho’, no qual relata que ‘a pírua esmagou os tres pintinhos de pavão que estava com ela’ [*sic*].

e. Em 04 de agosto de 2015, MARADONA encaminha para FERNANDO BITTAR

um *e-mail* com o título ‘orçamento da roçadeira’. Trata-se de orçamento para conserto de roçadeira que estava com defeito. *Note-se que a aludida roçadeira havia sido adquirida por MARISA em 27 de abril de 2011, na loja JARDINS EQUIPAMENTOS LTDA. – ME* (há uma cópia da nota fiscal nos autos).

f. Em 02 de fevereiro de 2016, MARADONA encaminha para o INSTITUTO LULA um *e-mail* sem título, com cópia de recibo de aquisição e serviços relacionados a portão eletrônico instalado no Sítio de Atibaia.

g. Também em 02 de fevereiro de 2016, MARADONA encaminha para o INSTITUTO LULA um *e-mail* sem título, acompanhado de cópia de uma anotação com telefone do MPF e identificação de membros da Força-Tarefa Lava-Jato. É de se ver que tal anotação foi realizada pelo filho de EDIVALDO PEREIRA VIEIRA (EDIVALDO) quando procuradores da República integrantes da Força-Tarefa Lava-Jato efetuaram diligências investigativas em Atibaia. EDIVALDO é irmão de MARADONA e prestou serviços no sítio atribuído a LULA. Todavia, na diligência efetuada pelos membros do MPF, EDIVALDO respondeu falsamente que nunca trabalhou na propriedade, e, depois de informado do dever de falar a verdade, seu filho anotou os dados de integrantes da força-tarefa para eventual contato, o que nunca ocorreu.”

14) parte considerável dos itens pessoais do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi transportada de Brasília para o “Sítio de Atibaia” quando da sua mudança do Palácio do Planalto – documentação fornecida pela empresa de mudança Estrelas; o ex-servidor da Presidência da República Rogério Aurélio Pimentel foi o responsável pelo recebimento dos bens no sítio.

A esse propósito, observou, com a habitual argúcia, o eminente e saudoso Ministro Orozimbo Nonato ao proferir o seu voto na Revisão Criminal nº 4.531 perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Há provas indiciárias impressionantes. Indício é prova. Às vezes até mais prestada, mais evidente que a prova direta.” (*In Archivo Judiciario*, v. LXI, n. 6, 20.03.1942, p. 330. Nesse mesmo sentido, Édouard Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves*, 5. ed., Librairie Plon – Marescq Ainé, Paris, 1888, p. 667; o clássico de Pedro Ellero, *De la certidumbre en los juicios criminales*, 2. ed. espanhola, traduzido por Adolfo Posada, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1900, p. 346-352; e Giovanni Leone, *Manuale di procedura penale*, 2. ed., Dott. Eugenio Jovene, 1962, p. 236-8, nº 4)

Quanto aos crimes atrelados às reformas do “Sítio de Atibaia”, a denúncia apresenta três capítulos, a saber:

- a) conjunto de atos de corrupção e lavagem: Bumlai;
- b) conjunto de atos de corrupção e lavagem: Odebrecht; e
- c) conjunto de atos de corrupção e lavagem: OAS.

No tocante ao capítulo da denúncia atinente à prática dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro atrelados às reformas no “Sítio de Atibaia” promovidas por José Carlos Bumlai, a pretensão condenatória não cabe ser acolhida em quaisquer das suas dimensões subjetivas. Consoante bem fixado pelos ilustres des. federal relator e des. federal revisor, a prova produzida nos autos não se afigura acima de dúvida razoável para embasar a condenação de quaisquer dos réus, impondo-se a acolhida da apelação do réu José Carlos Bumlai para absolvê-lo e o desprovemento da apelação do Ministério Público Federal para, assim, manter a absolvição dos demais réus – Fernando Bittar, Rogério Aurélio e ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Em relação à prática dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro atrelados às reformas no “Sítio de Atibaia” promovidas pela Odebrecht, a prova afigura-se acima de dúvida razoável e ampara a condenação dos réus, mas não com a amplitude subjetiva posta na denúncia.

Com efeito, a Odebrecht possuía uma ampla e complexa estrutura operacional para ocultar/dissimular o pagamento de propinas. Tais pagamentos eram realizados por intermédio do Setor de Operações Estruturadas (SOE) – que distribuía recursos financeiros sem que estes fossem registrados na contabilidade oficial da Odebrecht. Também contava com o Setor de Geração de Recursos (SG) – estrutura cuja finalidade era a de gerar recursos por meio de operações fictícias ou superfaturadas contra obras executadas pela empresa, principalmente aquelas situadas fora do Brasil, para os desembolsos que o SOE realizava.

O *modus operandi* utilizado era: os recursos gerados pelo SG tinham como destino contas bancárias das *offshores* controladas pelo SOE; ingressados no SOE, esses recursos poderiam ter dois destinos: permanecer no exterior (se algum beneficiário possuísse conta no exterior, poderia indicá-la para transferência) ou ser internalizados no Brasil (mediante a utilização dos serviços de diversos doleiros/operadores; os recursos eram internalizados e distribuídos, em geral em espécie, para os beneficiários finais, mediante senha).

Ainda, à consecução da atividade delitativa, a empresa desenvolveu dois sistemas de informática pelos quais era possível manter o sigilo das informações – sistemas Drousys (ambiente computacional para acesso remoto) e MyWebDay (que possui características de um sistema

integrado de gestão empresarial – ERP, com diversos subsistemas, dentre os quais de contabilidade).

Dessume-se dos autos que as reformas promovidas pela Odebrecht no “Sítio de Atibaia” foram custeadas por recursos oriundos do SOE.

Sobre o tema, bastante elucidativos são 1) o depoimento de Fernando Migliaccio, que explicou como funcionavam os sistemas Drousys e MyWebDay; 2) o depoimento de Marcelo Odebrecht sobre o funcionamento do SOE; 3) o depoimento de Hilberto Mascarenhas, responsável pelo SOE, que afirma que não detinha a informação sobre a causa de pagamento, porquanto o sistema foi criado de tal sorte que os usuários tivessem conhecimento de uma fração do funcionamento, mas não detivessem as informações como um todo.

Quanto ao fato de as reformas promovidas pela empresa Odebrecht no “Sítio de Atibaia” consubstanciarem pagamento de propina diretamente ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, bastante elucidativo é o depoimento de Marcelo Odebrecht (evento 1.328 – TERMO TRANSC DEP2):

“(…)

Juíza Federal Substituta:– Especificamente em relação à reforma do Sítio de Atibaia, a partir de que momento o senhor soube dessa questão?

Marcelo Odebrecht:– Eu soube em algum momento, a obra já estava em andamento, deve ter sido lá para final de dezembro, em algum momento eu soube, eu não sei se por Alexandrino, pelo meu próprio pai ou por alguém que eu me encontrei, em algum momento eu soube, no início eu inclusive reagi, fui contra por duas razões específicas, eu até reclamei porque primeiro eu achava que era uma exposição desnecessária porque seria até então, fora a questão que eu já sabia que havia, que eu também tinha me posicionado contra, mas que era uma coisa bem antiga, que era o assunto, eu até já protocolei um *e-mail*, que era o assunto do irmão, o apoio ao irmão, mas pelo que eu soube era uma coisa bem antiga, fora... E que foi renovado, chegou um momento, eu acho, que acabou, *fora essa questão, seria a primeira vez que a gente estaria fazendo uma coisa pessoal para o Presidente Lula, até então, por exemplo, tinha tido o caso do terreno do instituto, o terreno do instituto bem ou mal era para o Instituto Lula, não era para a pessoa física dele, e quando eu vi lá, eu soube, tinha um bando de gente trabalhando na obra, quer dizer, a dificuldade de você manter isso em sigilo e em algum momento vazar era enorme, outra coisa, que aí é uma coisa mais pragmática, eu tinha uma discussão com o meu pai que o alinhamento que eu tinha com ele era de que tentasse todo acordo que ele fizesse com o Lula passar pelo contexto da planilha Italiano, quer dizer, a conta corrente que eu tinha com o Palocci, para que a gente não pagasse duas vezes...*

Juíza Federal Substituta:– Deixa eu só interromper, o senhor falou que não tinha essa contabilização lá dos pagamentos daquele assessor, setor, o que seja, mas essa planilha Palocci o senhor tinha controle, era com o senhor?

Marcelo Odebrecht:— Porque era minha, eu era o empresário desse assunto.

Juiza Federal Substituta:— Isso o senhor planilhava e gerenciava?

Marcelo Odebrecht:— Não, não, esse assunto eu pedi para no caso o Hilberto, que não tem nada a ver com o programa dele, mas o fato é que o Hilberto era a pessoa que conhecia Mônica e João Santana, não tem a ver com o programa dele de operações estruturadas, como ele era a pessoa que conhecia Mônica e João Santana e a maior parte do dinheiro ia para Mônica e João Santana, eu acabei pedindo a Hilberto, mas eu que falava com o Hilberto, ‘Olha, Hilberto, acertei com o Palocci...’ ou depois Guido Mantega, ‘...Tanto a mais de saldo, então eles passam a ter saldo’, e também os pagamentos que o Guido e o Palocci vinham pedindo eu também ia falando com o Hilberto, então na prática eu dizia para ele, mas quem planilhava era, digamos, ele, então eu tinha dito para o meu pai, inclusive era uma discussão que eu tinha com ele a questão do sítio, que eu disse o seguinte, ‘Olha, você acaba, é mais uma coisa atrapalhando’, pronto, eu até tenho, eu vou até juntar depois nesse momento do 402, vou juntar os *e-mails* restantes, até aproveitando, eu tinha juntado um *e-mail*, eu tenho feito desde que eu saí da prisão, eu tive acesso ao meu computador, então eu tenho protocolado, eu tenho feito as pesquisas, identificado os *e-mails*, tenho protocolado, fiz uma petição de juntada de *e-mails* em fevereiro, mas de lá para cá eu já identifiquei outros *e-mails* que eu já protocolei na PGR, porque eu estou protocolando sempre na PGR todos os *e-mails*, e eu vou juntar todos os *e-mails* que têm a ver com o contexto da relação da Odebrecht, Marcelo, com o Presidente Lula, que faz parte do anexo 5, e eu estou juntando também para ajudar a enfatizar, então um desses *e-mails*, por exemplo, mostra que eu tinha feito, *inclusive quando eu vi esse processo de meu pai de fazer vários acordos com o Lula sem passar pelo contexto da planilha Italiano, eu até combinei com o Palocci de ‘Olha, Palocci, vamos fazer aqui...’*, eu nem me lembrava disso na época do acordo, o e-mail me lembrou, *‘Vamos fazer aqui um débito na planilha Italiano de 15 milhões, eu e você, que é para atender a esses pedidos que nem eu, nem você ficamos sabendo que Lula e meu pai acertam’*, e aí não se falou na época sítio, não se falou sítio, até o e-mail deixa claro que falou palestra, aviões, agora, digamos assim, o sítio poderia se enquadrar no contexto do que eu acertei com o Palocci, mas bom, *por conta disso eu fui contra o negócio do sítio, mas orientação era do meu pai, meu pai é meu líder, ele que acertou, vai em frente*. Aí eu na prática antes da reunião, sim, aí teve a reunião, eu até protocolei esses *e-mails* todos que eu achei.

Juiza Federal Substituta:— Do dia 30.

Marcelo Odebrecht:— *Então o primeiro e-mail que eu achei sobre o sítio é de um ou dois dias antes da reunião, que é o Alexandrino me atualizando, quer dizer, eu na verdade falei para Alexandrino sobre um assunto, que eu estava perguntando sobre um jantar, eu acho, e aí Alexandrino me atualizou, eu perguntei ‘É sítio?’*, *ai ele me atualizou, me disse que estaria pronto dia 15, eu nem sabia à época a data, depois ele até me mandou umas fotos, eu não achei as fotos, mas tenho o e-mail vazio, mas são as fotos eu não achei, mas ele mandou as fotos, eu até disse ‘Olha, esse negócio não vai acabar dia 15’*, *quando eu olhei as fotos eu até falei ‘A piscina está... Não vai acabar’*, *ele me garantiu que ia acabar dia 15, para que meu pai pudesse atualizar Lula nessa reunião do dia 30*. No final do ano, tanto eu como meu pai passamos na Bahia, a gente sempre passava na Bahia, e tem um *e-mail* também que eu protocolei, eu devo ter conversado com meu pai sobre a agenda que nós teríamos em conjunto com Lula e com Dilma, eu botei esse *e-mail*, e nesse *e-mail* fica

claro, e aí eu devo ter anotado a agenda, ele falou, a gente alinhou, eu devo ter escrito a agenda e eu passei a agenda para a secretária dele e para a minha, não sei se a versão final acabou sendo aquela, mas aquele foi... Aquela conversa, mas refletiu a conversa que eu tive com o meu pai, o alinhamento prévio, mandei para a secretária dele. *E nessa agenda têm os pontos que ele deve falar com Lula, entre eles tem o sítio, aí é só ele e Lula. Eu me lembro, eu tenho certo na cabeça que o assunto do sítio foi conversado com Lula.* Agora eu não me lembro se foi meu pai que me disse depois da reunião, que ele falou...

Juíza Federal Substituta:— O senhor não participou da reunião?

Marcelo Odebrecht:— Não, eu participei da reunião, só que eu não me lembro, só que teve um momento da reunião que meu pai se afastou, se afastou para conversar com o Presidente Lula e eu fiquei com a Presidente Dilma, então eu não me lembro se esse assunto sítio foi no momento em que estávamos nós presentes ou nesse momento em que meu pai se afastou, mas eu me lembro, que seja eu que tenha participado, que seja meu pai me dito, esse assunto foi tratado e ele...

Juíza Federal Substituta:— Ele tinha ciência?

Marcelo Odebrecht:— Ele tinha ciência, foi dito...

Juíza Federal Substituta:— Que a reforma estava sendo custeada em parte pela Odebrecht?

Marcelo Odebrecht:— Tinha, com certeza. E, olha, ele sabia que tinha, eu não escutei isso de Lula, mas meu pai sempre deixou isso claro para mim, que ele sabia que estava sendo custeado, e dentro de casa todos nós entendíamos que aquele sítio era de Lula, quer dizer, soube de outra...

(...)

Ministério Público Federal:— O senhor falou um pouco aí do programa especial italiano, não é isso?

Marcelo Odebrecht:— É, exatamente, na verdade o contexto da minha relação indireta, digamos assim, com o Lula se dava através da planilha italiano, era...

Ministério Público Federal:— Quem era italiano?

Marcelo Odebrecht:— O italiano era o Palocci.

Ministério Público Federal:— E qual era a sua relação com ele?

Marcelo Odebrecht:— Veja bem, na verdade em algum momento, que eu não sei precisar quando, foi antes de mim, meu pai e Lula combinaram que, digamos assim, os detalhes principalmente que tinham a ver com pagamentos e outros mais detalhes operacionais seriam feitos por Palocci e, antes de mim, por Pedro Novis, então esse modus de situação já vinha antes de eu assumir, então era Palocci e Pedro Novis até 2008, aí em 2009 quando eu assumi, mas já em 2008, final de 2008, já na fase de transição com o Pedro eu comecei a assumir essa relação com o Palocci, então, digamos assim, a partir do segundo semestre de 2008 eu comecei a assumir essa relação com o Palocci, e aí eu não sei como Pedro fazia, mas eu comecei a controlar nessa conta, eu já... Na verdade como é que nasceu isso, o Palocci chegou em 2008 para mim e disse assim 'Olha, Marcelo, eu queria a contribuição de vocês para a campanha para prefeito', eu falei 'Palocci, eu não lido com isso, eu só lido com campanha para presidente', aí no final o que a gente acabou acertando foi o seguinte, 'Olha, em algum momento a gente vai acertar um valor para a campanha de presidente de 2010, portanto tudo que eu acertar com você agora, que eu for pagando a seu pedido, eu vou descontar desse valor que nós vamos acertar em 2010'. Bom, entre 2008 e 2010

eu e Palocci, digamos assim, referendados por meu pai e Lula, acabamos acertando um valor que chegou até 2010 a 200 milhões mais ou menos, esse valor de 200 milhões, dois desses valores eram de fato, como eu falei, contrapartidas específicas, é o que foi o assunto do Refis da crise, que inclusive é objeto de uma ação penal aqui em Curitiba, que está em discussão, e o que tem a ver com o Rebate de Angola, de uma linha de crédito para Angola, que é um assunto que está sendo investigado no Supremo Tribunal Federal, tem uma ação já em fase de denúncia, esses dois assuntos tiveram contrapartidas específicas e geraram um crédito na planilha italiano, teve depois outras que foram alocações internas, eu até depois, com os e-mails que eu protocolei, até deu ajuda porque mesmo as alocações internas de certo modo tinham... Os e-mails demonstram que o Palocci tinha algum conhecimento das alocações internas, ou seja, na prática eu e Palocci sabíamos quais eram os itens que pesavam na minha agenda com ele e que geraram créditos, sejam de contrapartidas, sejam por alocação interna, então foram os assuntos Rebate Angola e Refis da crise que foram as duas contrapartidas e tiveram dois assuntos que foram alocações internas, não teve nenhuma propina envolvida, que foi o assunto da área de infraestrutura, que é o meu anexo 41.2 e o anexo 41.4 que tem a ver com a área de energia, principalmente Belo Monte. Teve, obviamente, que eu já relatei, nessa minha relação com o Palocci alguns pedidos de propina que inclusive foram negados com base na existência dessa planilha italiano e que eu imagino que outras empresas acabaram tendo que pagar, então veio, por exemplo, a questão de Belo Monte, a questão de sondas, sobre isso aí eu acho que é até importante entender o contexto dessa nossa relação com o Lula, eu identifiquei e-mails que eu já tinha protocolado na PGR e vou anexar ao processo, porque é um e-mail que mostra uma conversa que Alexandrino teve com o Palocci, onde ele sinaliza inclusive que o pedido que a gente não aceitou de propina para Belo Monte e para as sondas da Petrobras iam para Lula, esse e-mail eu vou anexar. Então tinha essa relação, e essa relação gerou até 2010 200 milhões de crédito, aí foi aquela história que eu na época da colaboração, eu me lembrava de como... Foi uma das maneiras que eu consegui de evidência de que Lula conhecia a planilha italiano, quer dizer, não necessariamente a planilha italiano, mas a conta corrente com Palocci, porque eu nunca conversei com Lula sobre isso, só conversava com o meu pai e com Palocci, mas uma das evidências que eu tive foi aquele assunto que tinha uma anotação minha, que eu cheguei para o meu pai em 2010 e disse assim 'Meu pai, é bom você avisar a Lula que eu já acertei com o Palocci 200 milhões, sendo 100 milhões já pagos, 100 milhões a pagar de saldo', e além desses teve mais 100 milhões que eu imagino, que eu estimava que os meus executivos já acertaram com o PT, aí foi aquela história que meu pai foi para o Lula e a história que, apesar de eu discordar do nome que ele usa e da forma que ele usa, mas foi a história do tal do pacto de sangue a que o Palocci se refere, apesar de discordar desse termo, a história do pacto de sangue, que o meu pai foi para o Lula e falou dos tais dos 300 milhões, aí o Palocci, por que eu tenho certeza que o Lula falou? Porque o Palocci voltou para mim e disse '300 milhões', eu falei 'Espera aí, Palocci, meu pai não disse que eu acertei com você 300 milhões, eu acertei com você 200 e teve mais 100 dos executivos', aí tem um e-mail que foi entre os e-mails que eu protocolei, que é um e-mail que eu protocolei nesse evento de março, de fevereiro, que é um e-mail que eu mando para o Brani, um e-mail que eu mando para o Brani em agosto de... 23 de agosto de 2010, dizendo assim 'Brani, por favor diga ao chefe...', que era o Palocci, o chefe dele, '...Que, do valor que o meu pai se referiu, um terço são referentes ao apoio direto às bases...', quer dizer, um terço, quer dizer,

100 milhões dos 300 era o que os meus executivos tinham acertado, ‘que não passa por ele’, Palocci, ‘...Daí o valor 50% maior citado por meu pai’, quer dizer, meu pai chegou para o Lula, falou que tinha 300 milhões quando na verdade eu e Palocci só tínhamos acertado 200 milhões, então esse é o contexto da planilha italiano, então toda a minha relação indireta com o Lula é essa relação através de Palocci no contexto da planilha italiano, onde os créditos e os débitos estão muito bem documentados e registrados, e que, volto a afirmar, que não passava pela relação e não passava por contratos com a Petrobras, agora que de fato envolviam outras questões ilícitas.
(...)”

Dessa forma, quanto à imputação feita na denúncia de que o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva “obteve valores oriundos do esquema criminoso, por intermédio da realização de investimentos dissimulados em benfeitorias a um sítio em Atibaia/SP”, anoto que a prova afigura-se acima de dúvida razoável e justifica a sua condenação.

Para evitar tautologia, reporto-me ao elenco probatório indicado pelo ilustre des. federal revisor a modo sintético em seu voto, elenco esse que, dentre os demais elementos cognitivos que instruem o processo, convenceu-me do acerto da condenação ditada ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva no tópico:

“1) interrogatório de Alexandrino Alencar; 2) interrogatório de Emílio Odebrecht; 3) interrogatório de Carlos Armando Paschoal; 4) interrogatório de Emyr Diniz Costa Júnior; 5) depoimento de Frederico Barbosa; 6) interrogatório de Rogério Aurélio; 7) depoimento de Carlos Rodrigues do Prado; 8) interrogatório de Fernando Bittar; 9) *e-mails* trocados entre os integrantes da Odebrecht; 10) cópia da agenda de Emílio Odebrecht; 11) relatório de voo sobre a viagem de Emílio Odebrecht na data de 30.12.2010; 12) nota fiscal emitida por Carlos do Prado em nome de Fernando Bittar; 13) comprovante de estacionamento apresentado por Emyr Diniz Costa Júnior do dia 01.03.2011; 14) notas fiscais relativas à compra de materiais de construção para a reforma do ‘Sítio de Atibaia’ e que restaram apreendidas na residência do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.”

No tocante à amplitude subjetiva da pretensão condenatória nesse capítulo, entretanto, anoto que a prova dos autos não se afigura acima de dúvida razoável para amparar a pretensão condenatória em face dos réus Emyr Diniz Costa Júnior, Rogério Aurélio Pimentel e Roberto Teixeira, impondo-se, pois, a absolvição dos nominados réus.

Por derradeiro, no capítulo da denúncia atinente à prática dos delitos de corrupção e de lavagem de dinheiro atrelados às reformas do “Sítio de Atibaia” promovidas pela empresa OAS, cabe destacar o que segue.

O ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, após as reformas no “Sítio de Atibaia” promovidas por José Carlos Bumlai e pelo

Grupo Odebrecht, demonstrou interesse em realizar melhorias na cozinha da referida propriedade. E, para tanto, contactou o réu José Adelmário Pinheiro Filho.

A prova dos autos afigura-se acima de dúvida razoável quanto à ciência do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em relação à origem do dinheiro que seria usado pelo réu José Adelmário Pinheiro Filho ao custeio das melhorias no “Sítio de Atibaia” – pagamento de propina.

Vale lembrar que, quando do início da Operação Lava-Jato, o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva já demonstrava preocupação acerca da existência de “registros escritos” sobre o pagamento de propina que pudessem vir a lume, comprometendo-o. No tópico, bastante elucidativo é o depoimento de José Adelmário Pinheiro Filho (evento 1.348, TERMOTRANSCDEP2), que literaliza:

“Ministério Público Federal:– O senhor relatou, anteriormente, na ação penal do triplex, que, já quando em curso a Operação Lava-Jato, o senhor teve um encontro com o ex-Presidente Lula, e que ele questionou o senhor sobre pagamentos que teriam sido feitos ao PT. O senhor se recorda desse encontro?

José Adelmário Pinheiro Filho:– Me recordo. Eu fui chamado lá no Instituto, o presidente me atendeu, na época ele estava inclusive muito aborrecido. E me perguntou como é que estava sendo a operacionalização dos pagamentos com o Vacari. Eu disse a ele: ‘Presidente, nós temos um encontro de contas e tal’, expliquei como era. Ele me disse: ‘Você fez algum pagamento ao PT no exterior?’. Eu disse: ‘Não, não fiz pagamento ao PT no exterior. Que eu tenha autorizado, não!’. Ele disse: ‘Eu não quero que, você anota, você tem planilha, como é que você anota, como isso fica registrado?’. Eu disse: ‘Presidente, as coisas informais algumas pessoas podem ter alguma coisa por causa até do zelo pessoal de cada um, mas a orientação nossa, não’. – ‘Se você tiver alguma coisa’. Ele até me disse muito objetivamente: ‘Se você ficar registrando essas coisas, eu prefiro até que você não faça nada pra mim’. Que era o caso do triplex e do sítio. Eu disse: ‘Não, se há alguma coisa eu vou convocar quem da empresa’. E o fiz e mandei. Ele disse: ‘Se você tiver alguma coisa, destrua’. E foi o que eu fiz. Chamei, eu sei que eu estava cometendo um crime de obstrução, mas eu também fiquei preocupado. A Lava-Jato já estava em curso. Isso estava muito na imprensa. Eu orientei ao pessoal nosso da controladoria que fizesse um apanhado do que existia de alguma documentação nesse sentido. Porque tinham umas planilhas, a planilha Zeca Pagodinho era uma referência ao triplex, tinha Praia e tinha a planilha do sítio que estava tudo anotado ali, o que gastou ou não gastou. Então era uma coisa que nós tivemos que tomar essa atitude até por uma solicitação dele. Então ele sabia, tratou comigo e me deu essa orientação.” (grifei)

De aí, não há pensar que as reformas promovidas no “Sítio de Atibaia” pelo Grupo OAS foram feitas *a modo gracioso*. O ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sabendo que as benfeitorias

consubstanciavam pagamento de propina, disse preocupado ao réu José Adelmário Pinheiro Filho: “Se você ficar registrando essas coisas, eu prefiro até que você não faça nada pra mim”.

Como adverte Rui Barbosa ao discorrer sobre a corrupção, *verbis*:

“Tôda vez que a corrupção não tiver meio de fiscalizar seus ajustes, suas compras vergonhosas, ela deixará de exercer-se.” (*In Discursos parlamentares*: obras completas de Rui Barbosa, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1947, v. XIX, 1892, tomo I, p. 7)

Em relação à participação de Paulo Gordilho nessa empreitada – elaboração de esboço do projeto arquitetônico da cozinha; contratação da empresa *Kitchens Indústria e Comércio Ltda. (Kitchens)* para a realização das melhorias; pagamento em espécie na sede da empresa *Kitchens* dos valores de R\$ 50.000,00 (1º pagamento), R\$ 92.424,03 (2º pagamento), R\$ 27.575,97 (3º pagamento) –, ela restou demonstrada a modo incontestado. Entretanto, a prova dos autos não se afigura acima de dúvida razoável a demonstrar o dolo do nominado réu à prática do delito de lavagem de dinheiro. Nessa toada, a sua absolvição é medida que se impõe.

Eram esses os destaques que cabiam ser realizados.

Ante o exposto, voto por acompanhar a integralidade do voto do ilustre des. federal relator para afastar as preliminares; dar provimento às apelações dos réus José Carlos Bumlai, Emyr Diniz Costa Júnior, Roberto Teixeira e Paulo Gordilho; negar provimento às apelações dos réus Emílio Odebrecht, Carlos Armando Guedes Paschoal e Fernando Bittar; dar parcial provimento às apelações dos réus José Adelmário Pinheiro Filho e ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e do Ministério Público Federal; e, de ofício, afastar a condenação do réu Fernando Bittar à reparação dos danos.

RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO
Nº 5045691-13.2018.4.04.7100/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto

Recorrente: H.A.G.

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual penal. Recurso criminal em sentido estrito. Homicídio. Materialidade comprovada. Indícios suficientes de autoria. Legítima defesa. Ocorrência. Conjunto probatório suficiente. Absolvição.

1. Na decisão de pronúncia, que encerra a fase da *judicium accusationis*, deve o julgador singular manifestar-se sobre a admissibilidade da acusação, ou seja, sobre a existência dos fatos e de indícios de autoria.

2. Para impronunciar o acusado ou proceder à desclassificação, contudo, são necessárias provas claras e firme convencimento. Por outro lado, conforme já decidido no âmbito dos tribunais superiores, “para a pronúncia, que encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exige o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu, ou pela sociedade (...)” (HC 117.055/AL, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23.03.2010, DJe 07.06.2010).

3. Na fase da pronúncia, somente é possível a absolvição sumária nos termos do art. 415 do CPP, quando restar provada a inexistência do fato; restar provado que o acusado não foi autor ou partícipe do fato; o fato não constituir infração penal; ou ainda restar demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime e de punição.

4. Para que haja, excepcionalmente, juízo de afastamento da imputação criminal, com decreto de absolvição sumária, as excludentes de crime devem ser nitidamente demonstradas pela prova colhida.

5. Examinando os autos, é possível concluir, com firme convencimento, que a conduta do réu H.A.G. está albergada pela excludente de ilicitude da legítima defesa, haja vista que as provas nos autos demons-

tram que este agiu com intuito de repelir injusta agressão iminente a ele e a terceiro.

6. Recurso em sentido estrito provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar provimento ao recurso em sentido estrito, para que o réu H.A.G. seja absolvido do cometimento do crime de homicídio simples, com fulcro no artigo 415, IV, do Código de Processo Penal c/c artigo 23, II, do Código Penal, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de março de 2019.

Des. Federal *João Pedro Gebran Neto*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto: Trata-se de recurso criminal em sentido estrito interposto pela defesa de *H.A.G.* em face de decisão (evento 215 – autos originários), nos autos do processo nº 5068473-87.2013.4.04.7100, que o pronunciou pela prática do crime descrito no art. 121, *caput*, do Código Penal, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

A defesa do recorrente requer que seja reconhecida a ocorrência de causa excludente de ilicitude relativa à legítima defesa, pugnando pela absolvição do réu com fulcro no art. 415, IV, do CPP.

Com contrarrazões (evento 232 – autos nº 5068473-87.2013.4.04.7100) e mantida a decisão por seus próprios fundamentos (evento 234 – autos nº 5068473-87.2013.4.04.7100), vieram os autos para este Tribunal.

O Ministério Público Federal ofertou parecer opinando pelo desprovimento do recurso (evento 5).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto:

I. Trata-se de recurso criminal em sentido estrito interposto pela defesa de *H.A.G.* em face de decisão (evento 215 – autos originários), nos

autos do processo nº 5068473-87.2013.4.04.7100, que o pronunciou pela prática do crime descrito no art. 121, *caput*, do Código Penal, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, nos seguintes termos:

“Portanto, as provas de materialidade e os indicativos de autoria qualificam-se como *suficientes* para fins de *pronúncia* do réu pelo fato denunciado, cabendo ao *Conselho de Sentença*, todavia, examinar as demais alegações veiculadas pela defesa e julgar o denunciado definitivamente.

Ainda que este juízo entenda que a análise das provas quanto à legítima defesa deva ser realizada apenas pelo Tribunal do Júri – até mesmo para evitar indução do conselho pela presença ou pela ausência da causa excludente –, diante do acórdão proferido no recurso em sentido estrito interposto pela defesa, esclareço que, *aparentemente*, não houve legítima defesa do acusado H.A.G., uma vez que este desferiu oito tiros contra a vítima A., que nenhum tiro disparou e, segundo as provas, sequer apontava arma para os policiais.

Ademais, como se sabe, a pronúncia constitui singela habilitação à acusação e ao julgamento pelo júri popular. Nada mais.

Desse modo, as dúvidas que porventura persistam em circundar o feito devem ser submetidas aos debates em plenário do júri – juiz natural da causa –, por força de mandamento constitucional, a quem cabe apreciar as teses e as antíteses.

Assim, com fundamento no artigo 413 do Código de Processo Penal, o acusado H.A.G. haverá de ser pronunciado pelo crime contra a vida que lhe é imputado na denúncia (artigo 121, *caput*, do Código Penal), a fim de que seja submetido a julgamento pelo júri popular.”

A defesa do recorrente requer que seja reconhecida a ocorrência da referida causa excludente de ilicitude, pugnando pela absolvição do réu com fulcro no art. 415, IV, do CPP.

2. Da sentença de pronúncia

Ao tratar do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, prevê o Código de Processo Penal, em seu art. 413, que “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

A impronúncia do acusado, contrariamente, terá vez quando não estiver convencido o magistrado quanto à materialidade do fato ou quanto à presença de indícios de autoria, consoante dispõe o art. 414 do Código de Processo Penal.

Pode ainda o magistrado, quando convencido da existência de crime diverso do imputado pela acusação, não sujeito à competência do Tribunal do Júri, proceder à desclassificação, remetendo os autos ao juízo competente, nos termos do art. 419 do Código de Processo Penal.

Para impronunciar o acusado ou proceder à desclassificação, contudo, são necessárias provas claras e firme convencimento. Por outro lado, conforme já decidido no âmbito dos tribunais superiores, “para a pronúncia, que encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exige o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu, ou pela sociedade (...)” (HC 117.055/AL, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23.03.2010, DJe 07.06.2010).

Feitas essas considerações, verifica-se que, no caso em análise, entendeu o juízo *a quo* que estão presentes provas da materialidade e indícios suficientes de autoria aptos a ensejar a pronúncia do réu, bem como que, “*aparentemente*, não houve legítima defesa do acusado H.A.G., uma vez que este desferiu oito tiros contra a vítima A., que nenhum tiro disparou e, segundo as provas, sequer apontava arma para os policiais”.

Passo a analisar, desse modo, as razões apresentadas pela defesa.

3. Assim versa o art. 415 do Código de Processo Penal, também em relação à sentença de pronúncia:

“Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.”

O dispositivo em questão prevê as hipóteses de absolvição sumária no âmbito do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri.

Em primeiro lugar, cabe salientar que, na fase da pronúncia, somente é possível a absolvição sumária nos termos do art. 415 do CPP, quando restar provada a inexistência do fato; restar provado que o acusado não foi autor ou partícipe do fato; o fato não constituir infração penal; ou ainda restar demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime e de punição.

As teses de legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa, conforme disposto no inciso IV do art. 415 do Código de Processo Penal, realmente são causas de exclusão do crime. *Contudo, para que haja, excepcionalmente, juízo de afastamento da imputação criminal, com decreto de absolvição sumária, tais excludentes devem ser nitidamente demonstradas pela prova colhida.*

Diferentemente do que ocorre no procedimento comum, tal decisão se dá após a instrução preliminar do referido procedimento especial, no momento em que se decide pela pronúncia ou não do acusado.

No caso dos autos, o ora recorrente centra sua defesa na tese de legítima defesa, aduzindo que não houve excesso por sua parte, uma vez que a vítima teria sido atingida por um único disparo, o último dos oito efetuados pelo réu.

Argumenta ainda que somente cessou os disparos quando percebeu que a vítima fora atingida, cessando desse modo o perigo de vida para si e para seu colega PRF que também participava da abordagem.

Além disso, o recorrente rebate o argumento utilizado na sentença do juízo *a quo* no que tange ao fato de que a vítima não apontava arma para os policiais responsáveis pela sua abordagem.

Defende, no ponto, que a prova pericial não descartou que a vítima poderia estar com a espingarda que portava apontada para os policiais e que, ainda que não estivesse, a excludente de ilicitude referente à legítima defesa alberga a conduta daquele que está diante de agressão atual ou iminente, o que, no caso, estaria configurado, uma vez que a vítima portava arma longa ao ser abordada pelos agentes da PRF.

Pois bem.

Conforme foi anteriormente exposto, para que seja possível eventual reconhecimento de excludente de ilicitude neste estágio processual, tal como pretende o recorrente, o conjunto probatório acostado aos autos deve apontar a ocorrência de legítima defesa com grau de certeza apto a afastar o princípio *in dubio pro societate* que vige nesta fase do procedimento.

Diante de tal premissa, entendo que, não obstante a existência das circunstâncias apontadas pelo Ministério Público Federal e pelo juízo *a quo*, as provas colhidas, tanto no inquérito policial quanto na instrução preliminar da presente ação penal, são suficientes para demonstrar que

a conduta do réu está albergada pela excludente de ilicitude da legítima defesa.

Vejamos.

Primeiramente, destaco os pontos mais relevantes presentes na versão do réu apresentada em seu interrogatório judicial (evento 161 – TERMOTRANSCDEP3 – autos originários):

“RÉU: Certo, a gente estava no posto então, já era de noite, serviço de 24h, tinha assumido às 7h da manhã no posto lá de Gravataí quilômetro 70, e vem um chamado da Concepa, que tem uma comunicação direta via rádio, tem um rádio da Concepa no posto, disse que tinha um carro em atitude suspeita que eles não quiseram se aproximar, porque o normal da Concepa é ver um carro parado no acostamento e eles chegam ali mesmo com a VIT que eles chamam, que é o veículo de apoio deles, e abordam o veículo, nesse caso não quiseram abordar por achar suspeito. O que eu tinha ouvido falar é que ele tinha feito um retorno proibido em alta velocidade naqueles canteiros centrais, tinha parado no acostamento e estava ali há muito tempo. E, como não tinha pedido auxílio, eles estavam com medo, a gente foi em direção, mas até então o nível de alerta não era tão alto assim, a gente foi na velocidade da via, até nesse meio tempo teve um veículo lá que fez uma manobra na nossa frente proibida e ali também já é uma região... Tudo em direção de Gravataí a Glorinha é uma região erma, é escura, então tudo é muito suspeito ali, a gente abordou aquele veículo também, no fim não tinha nada de anormal, só a infração de trânsito. No que a gente estava fazendo, só que a gente já estava próximo do local ali, próximo à entrada de Glorinha, tínhamos passado a entrada de Glorinha, no que a gente estava parado ali daqui a pouco a colega J. que estava no posto passou um rádio e disse ‘A Concepa informou que o Santana já deslocou’, eu falei até para o T., disse ‘T., fica atento que daqui a pouco ele vai passar ali do outro lado’, e a gente estava com o giro ligado, não é.

JUIZ: O senhor que dirigia?

RÉU: Eu que dirigia, ele passou ali do outro lado e certamente ele nos viu pela iluminação vermelha ali de noite, eu disse ‘olha, T.’, passou e tudo, já tinha terminado e tudo, a gente entrou na viatura, fez o retorno que estava logo à nossa frente e a gente visualizou que ele realmente estava em alta velocidade, nisso eu apaguei o giroflex, é uma questão de técnica porque, se o veículo já está meio que em fuga, se tem a intenção de fugir e se olha o giroflex de noite, de longe, vai acelerar mais, então...

JUIZ: O senhor diria que em que velocidade ele estava?

RÉU: Ah, devia estar a uns 120 ou 130 km/h, então deu para ver que ele entrou no trevo de Glorinha, a gente entrou também, e a gente chegou... Tem uma estradinha que dá acesso, acho que RS030, que é como se fosse a rua principal de Glorinha.

JUIZ: Sim.

RÉU: Nessa estradinha a gente foi e foi, a gente teve de andar bem rápido mesmo para aproximar, o que mostrava que realmente estava muito rápido, só que quando a gente o visualizou na estradinha ele já estava devagar, aí a velocidade dele já não era rápida, isso já me deu realmente uma sensação de que na Freeway ele nos viu e acelerou, quando achou que estava longe já da viatura ele foi devagar.

JUIZ: Mas nesse momento a viatura não estava com o giroflex ligado?

RÉU: Não estava com o giroflex ligado. Mantive assim porque falei para o T. 'T., seguinte, vamos abordar eles mais à frente', porque eu sabia que próximo ao trevo da RS030 tinha uma iluminação e isso facilita, tornaria tudo mais seguro na abordagem, eu não quis abordá-lo onde era bem escuro, então a gente foi acompanhando de longe, quando chegou próximo a esse trevo, quando começaram os postes, eu liguei o giroflex, a gente realmente aproximou, começou a tocar a sirene e dava sinal de luz. Ele deu uma reduzida, chegou no trevo eu me lembro até de ele piscar para a esquerda e entrou para a direita de forma abrupta, começou a acelerar, começou a acelerar e eu 'T., está fugindo, pede apoio', ele foi no rádio, esse apoio até o procurador questionou, não existe de uma forma direta para outra força e não existe também uma recomendação por escrito e tudo mais, mas diz a boa técnica que realmente a gente tem de fazer isso, porque quanto mais apoio, melhor, a gente não vai ficar fazendo sozinho, então a gente sempre pede realmente para a Brigada, só que o apoio tem que ser feito de forma indireta, a gente pede para o nosso posto, foi feito isso, o nosso posto entrou em contato com... Até onde eu sei, com a Brigada de Glorinha, e outra coisa que no aproximar eu falei para o T. 'passa a placa', ele passou a placa para a J. para fazer a consulta. Do outro questionamento, o tempo, principalmente o tempo depois dessa fuga é muito rápido, do tempo do rádio ali, de passar o rádio até chegar à casa dele foi... A gente com a adrenalina também, a gente perde um pouco a noção, mas veio muito rápido, tanto que a consulta não veio, ele passou a placa e foi só o tempo ali de passar a placa e dizer que a gente estava indo porque continua dando as coordenadas 'olha, a gente está indo em direção a Glorinha, continua, continua fugando, passou uma lombada eletrônica em alta velocidade, foi e foi'... Até que ele deu uma freada forte e guinou para a direita, ali eu já tive a impressão de que talvez eles pudessem disparar mesmo... *Aí nesse... Um pouco antes disso, com a iluminação da cidade, eu já falei para o T. 'olha, T., são três no veículo', isso era o que eu tinha visto até então.*

JUIZ: E dava para ver, mesmo sendo noite, que eram três no veículo?

RÉU: Por causa da iluminação da cidade ali, aí a película já perde um pouco... Não fica tão escura.

JUIZ: E a película era só lateral no veículo ou também era atrás?

RÉU: Não, acho que era atrás também, atrás também.

JUIZ: Mas dava para ver?

RÉU: Dava para ver, dava para ver porque vinha luz da frente da iluminação pública e dava para ver a silhueta de três pessoas.

JUIZ: Tá.

RÉU: Ele deu essa guinada, ali eu já fiquei com receio, parecia que ele estava querendo ficar de lado para a gente, mas não, ele acelerou e entrou numa estrada de chão. *Nesse meio-tempo em que começou a acelerar, ali eu olhei e já na janela do passageiro vi uma coronha e falei para o T. 'olha, eles estão armados, cuidado', e quando entrei atrás dele inclusive tirei, e isso faz parte também da nossa técnica, já que estou dirigindo, tirei mais para a esquerda, porque, caso ele efetuasse disparos nesse lado, quem deveria revidar aqui era o T.*

JUIZ: Sim, tá.

RÉU: O T. depois até me falou que viu o cano da arma para fora da janela, eu não vi, tinha visto a coronha e falei, e levantando poeira muito rápido, tudo escuro, muito escuro, parecia muito escuro e parecia que ele estava indo para o meio do mato para mim, eu não conhecia aquela região ali, aquela rua onde ele estava entrando e tudo mais, daqui a pouco ele freou forte, entrou numa residência que também a gente só consegue ver de relance,

eu cheguei atrás e já para não chegar junto dele, que eu vi que não ia ter para onde sair, o carro não ia continuar, eu freiei antes e fiquei mais na entrada da casa e desembarquei rápido. Num primeiro momento eu tinha a noção, achei que eles fossem correr porque é muito comum, eu já tive várias ocorrências assim, a pessoa fuga, não consegue mais sair, entra em um beco e sai correndo.

JUIZ: Sim, vai até um lugar, abre a porta e sai andando... Sim.

RÉU: Só que ele abriu a porta de forma abrupta, o cano da 12 veio na minha direção e eu efetuei os disparos.

JUIZ: Tá, mas onde estava o carro quando o senhor viu que a porta foi aberta?

RÉU: O carro estava na nossa frente.

JUIZ: Mas já dentro do pátio da casa?

RÉU: Dentro do pátio da casa, que até então também eu não sabia que era a casa dele.

JUIZ: Sim, dentro daquela casa...

RÉU: É.

JUIZ: Então, havia luz suficiente para o senhor ver o movimento das pessoas de dentro do Santana, e o que aconteceu?

RÉU: Quando ele desembarcou de forma abrupta com a arma virada para mim, eu tive certeza de que ia atirar...

JUIZ: Ele quem, o um, o dois ou o três?

RÉU: O A., não, só ele que eu vi com a arma, só ele que eu vi saindo.

JUIZ: Pelo lado direito ou esquerdo?

RÉU: Pelo lado direito. Isso que eu digo desde o começo, Excelência, a questão do disparo assim, eu nunca disparei em nenhum momento nos outros dois, eu sabia que tinham outros dois, o condutor e o passageiro no veículo, por que eu não disparei neles? Porque não os vi com a arma, como disse, em um primeiro momento eu tinha a certeza de que eles iriam correr e eu ia correr atrás deles, era a minha intenção, no momento em que fui para frente e ele saiu do carro com aquela arma virada para mim, a 12, eu disparei, porque eu tive certeza de que ele ia atirar.

JUIZ: Seu tiro foi certo já de primeira?

RÉU: Não, senhor; assim, foi muito rápido, eu ouvi os colegas falando aqui em três segundos, quatro segundos... Para mim foi muito menos do que isso, e na minha cabeça eu sempre assim, que eu tinha de dar quatro tiros só, daí na Polícia Federal o delegado falou 'eu achei sete cartuchos ou oito cartuchos', bom, aí realmente contando depois, tirando do meu carregador e vendo o que eu ainda tinha, claro que fiz todos esses disparos, mas na minha cabeça tinham sido só uns quatro, foi muito rápido, eu atirei e ele caiu.

JUIZ: O T. não deu nenhum tiro?

RÉU: Não, ele não.

JUIZ: O senhor não perguntou a ele por que não ajudou o senhor?

RÉU: Eu não fiz essa pergunta para ele.

JUIZ: Não.

(...)

JUIZ: E o senhor tinha perfeita visão do alvo, ou seja, daquele que ia agredir o senhor, da vítima?

RÉU: Sim, tinha sim, é... Eu não fiz disparos por só por ele ter arma, por eu já saber que ele tinha arma, eu fiz os disparos quando ele desembarcou e o contexto que depreendia que ia atirar...

JUIZ: Sim.

RÉU: Porque assim, se é uma pessoa que está num carro, se chego em uma abordagem tranquila, está parado só, digamos, no acostamento, aí desce um indivíduo de forma lenta, normal, como qualquer pessoa desce no dia a dia do carro, e vejo que está com uma arma na mão, eu vou dar realmente uma voz para ele 'parado, cidadão, largue essa arma', não sei quem ele é, mas não vou atirar, algo assim, agora num contexto de perseguição em que ele sai do carro com a energia que saiu...

JUIZ: Pois eu ia lhe perguntar se o movimento dele foi rápido ao sair.

RÉU: Sim, bem rápido."

Da análise das outras provas presentes nos autos, destaco que boa parte da narrativa apresentada pelo réu H.A.G. é incontroversa nos autos, sendo corroborada, inclusive, pelas testemunhas E. e V., que também tripulavam o veículo em que a vítima estava.

Como visto, a perseguição que acabou ocasionando o fato ora apurado iniciou-se após a policial rodoviária federal G.C.F. informar via rádio aos seus colegas T.J.A. e o réu H.A.G. que, na altura do Km 45 da BR-290, havia um automóvel Santana, cor branca, com película escura nos vidros, estacionado no meio da rodovia, onde existe local de retorno proibido. Tal fato fora relatado tanto pela testemunha G.C.F. quanto pela testemunha T.J.A. em seus depoimentos (evento 136 – TERMO-TRANSCDEP 3 e 7 – autos originários), dos quais colaciono (do primeiro) o seguinte trecho:

“TESTEMUNHA: É... O que acontece: a informação inicial da concessionária quem recebeu fui eu, ela já veio com um tom de que alguma coisa suspeita estava acontecendo, então a concessionária tanto por ligação telefônica quanto por rádio informou que os indivíduos entravam no mato, voltavam, ligavam o carro, andavam um pouco, a VIT da concessionária tinha passado por eles, disse que achou estranho, que não ia abordar, que não sabia se se tratava de uma pane normal e aí não parou, então a gente já percebeu que, por ser uma região que tem roubo a carga e que tem também abigeato, caça e outras coisas por causa dos banhados ali, eu já prendi pessoas caçando ali, a gente já foi com um tom de que poderia ser uma ocorrência diferenciada, a necessidade de apoio começou a aparecer quando eles passaram no sentido sul, sentido praia, e já avistaram o veículo já se deslocando em sentido norte. Quando eles aproximaram já para a entrada de Glorinha, eles começaram a empreender fuga, e ali já foi pedido apoio no rádio, foi quando eu designei uma ronda de Porto Alegre para vir o mais rápido possível.”

No mesmo sentido, as testemunhas E. e V. confirmaram que estavam com o veículo parado às margens da rodovia BR-290. E. assim descreveu o fato em juízo (evento 136 – TERMOTRANSCDEP 2 – autos originários):

“TESTEMUNHA: Tá, no dia dos fatos eu fui até o posto de gasolina na cidade, eu e o V., o genro dele estava junto comigo, nos encontramos ali, conversamos, tomamos uns mates e ele tinha de seguir a ronda dele e disse ‘guris, vamos juntos’, aí sentamos no carro, o V. no banco de trás e eu no banco da frente com o mate pronto, e ele foi fazer a ronda dele, sendo que eu nunca tinha ido nem conhecia a ronda que fazia, eu simplesmente acompanhei. *E fomos até a saída do acesso da Freeway, ele entrou na Freeway, fez a volta no retorno que a gente sabe que é proibido, mas até então não perguntei o que fez ou deixou de fazer, ele fez, parou no acostamento, a gente seguiu tomando mate que ele tinha comentado que tinha de dar uns minutinhos ali para voltar seguindo e ir fazendo a volta dele, o horário do turno dele ali. Daí conversamos, ficamos acho que uns 20 minutos ou 30, sei lá, parados ali, e ele ainda comentou muito do banhado, que gostava de pescar ali e coisa, ele olhando para o banhado, se estava cheio ou não estava cheio, uma coisa assim, bem exato as palavras eu não vou lembrar, mas a situação foi essa, e logo saímos e ele: ‘dirige aí para mim que vou sentar do lado, vou tomando um mate bem descansado’.* Eu fui dirigindo o carro, fui dirigindo até chegar um pouquinho antes do Posto Boa Viagem, que é na entrada da cidade ali. Nesse momento... O senhor quer perguntar mais alguma coisa, eu...”

Ainda de acordo com a versão do réu H.A.G., após o localizarem, ele e o seu colega T.J.A. começaram a acompanhar o veículo, que começou a se deslocar com maior velocidade. Ainda segundo o réu, esperou-se um melhor momento para proceder à abordagem, sendo que, em determinado trecho da rodovia, foi dada ordem de parada. Diante de tal ordem, os tripulantes do veículo no qual a vítima se encontrava demonstraram, em um primeiro momento, que obedeceriam à ordem, reduzindo a velocidade e sinalizando que iriam para o acostamento da via. No entanto, de forma abrupta, o veículo em questão empreendeu fuga, iniciando-se, assim, a perseguição.

Sobre o referido fato, as testemunhas E. e V. foram uníssonas ao relatarem que foi a vítima A. que ordenou que E., que estava na direção do veículo, não obedecesse à ordem de parada, dizendo-lhe para parar só quando chegasse à sua residência. Ambas as testemunhas mencionaram em seus depoimentos que tentaram convencer A. de que tal atitude não era uma boa ideia, porém, como era proprietário do veículo e mais velho que ambos, E. teria se sentido obrigado a obedecê-lo, como ele menciona no seguinte trecho:

“MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Certo. Quando o senhor estava então dirigindo, o senhor viu no espelho, ou enfim, a abordagem policial, a sua intuição ou a sua vontade inicial seria parar, atender ao chamado policial?”

TESTEMUNHA: Exatamente, é, exatamente.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: O senhor A. disse para o senhor... Falou normalmente ‘fica dirigindo’, ou...?”

TESTEMUNHA: Falou normalmente, ‘não, não’, disse ele ‘para só lá em casa, para lá em casa’, e eu, como sabia que ele era uma pessoa de bem, só que na hora, naquele momento eu estou dirigindo o carro dele, o senhor entendeu? Eu fiquei... Digo, paro ou não paro, ele dizendo ‘não, para lá em casa que lá eu vou conversar com eles’, eu vinha dirigindo, até então entrei, como vou te dizer, nessa situação toda de... Por um acaso, por uma coincidência, e de fato parei, parei na casa dele, parei dentro da garagem da casa dele.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Isso eu gostaria que o senhor talvez puxasse um pouco da memória, enriquecesse essa explicação, ele lhe comentou no tom de voz ou enfim, como um amigo, como estou falando com o senhor agora, ou ele falou aos gritos e disse ‘para só lá em casa’, o senhor sabe que há uma diferença nessas duas situações?

TESTEMUNHA: Não, não, sim, não... Gritos não, até porque a gente é... Somos amigos e...

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Claro.

TESTEMUNHA: E tínhamos um respeito. Mas simplesmente ele levou a mão assim e disse ‘não, E., para só lá, para lá que lá eu falo com eles’, falou mais ou menos assim, dessa maneira.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Então foi o suficiente para o senhor superar o seu instinto natural de parar?

TESTEMUNHA: *É, eu por umas duas vezes tentei parar e ele nas duas vezes falou ‘não, não, para lá que não tem problema, lá vou falar com eles que ninguém está fugindo, ninguém está fugindo, vou parar lá em casa e vou falar com eles’, ele falou um pouco ázpero, mas não na intenção de me amedrontar ou alguma coisa assim, o senhor entendeu...”*

No que tange à presença da arma da vítima no veículo, o réu afirma que visualizou a coronha desta (tratava-se de uma espingarda calibre 12) durante a perseguição, no momento em que percorria trecho da rodovia com maior iluminação. Na ocasião de sua prisão em flagrante, detalhou que *avistou a coronha da arma pela porta do carona* (evento 203 – REL_FINAL, p. 14 – IPL).

Observo que tal relato está em consonância com o teor do depoimento da testemunha V., genro da vítima, que estava tripulando o veículo no banco de trás. Perante a autoridade policial, V. relatou que a espingarda em questão, “por ser muito comprida, não cabia deitada na lateral do banco de A.”, motivo pelo qual o cano estava encostado no assoalho, *e a coronha, para cima, entre o banco e a janela*” (evento 203 – REL_FINAL, p. 7 – IPL).

Além disso, o Laudo nº 249/2012-Setec/SR/RS aponta, em suas conclusões, que os policiais tinham condições de visibilidade para identificar a arma de fogo presente no veículo (evento 200, p. 21 – IPL).

No mesmo sentido, a PRF G.C.F. narrou em seu depoimento (evento 136 – TERMOTRASCDEP3 – autos originários) que seu colega PRF

T.J.A., que estava na viatura junto ao réu, comunicou via rádio que havia uma arma no veículo perseguido:

“TESTEMUNHA: Ele pediu apoio, ele, nesse deslocamento, nessa perseguição, já teve informação de visualização de arma, ‘o indivíduo está armado’...”

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Era o seu colega T. que estava comunicando com a senhora?

TESTEMUNHA: Isso.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Certo.

TESTEMUNHA: ‘Arma longa, apoio, apoio’, eu entrei em contato com a Polícia Militar, já mandei uma ambulância da concessionária para as proximidades porque a situação já estava saindo do controle assim, o indivíduo não estava parando e a gente podia... Poderia ser embriaguez, alguma coisa também...

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Em algum momento a senhora entrou em contato com o seu H., ele chegou a falar com a senhora ou a senhora com ele, seu G. [H.A.G.]?”

Consigno que, em relação à testemunha E., que dirigia o veículo e estava ao lado da vítima nele, houve substancial mudança no seu depoimento relativo à presença da arma no veículo. Referiu, no inquérito policial, que, desde o momento em que avistou a vítima A. no posto de gasolina onde se encontraram, este portava a espingarda calibre 12, com a qual fazia seu serviço de vigia. No entanto, em seu depoimento em juízo, relatou que não havia visto a arma em questão em nenhum momento (evento 136 – TERMOTRANSCDEP2 – autos originários).

Adentra-se, desse modo, na análise das provas referentes ao momento da parada dos veículos e dos disparos de arma de fogo que resultaram na morte da vítima A., fato esse que comporta mais de uma versão, mas cujas provas dos autos demonstram a viabilidade de só uma delas.

Conforme a versão do réu H.A.G., após a perseguição, o veículo onde se encontrava a vítima entrou em uma estrada de chão, até parar em frente a uma garagem em local de pouca visibilidade. Nesse momento, ao sair da viatura, o réu H.A.G. foi surpreendido pela saída abrupta da vítima A., que segurava a espingarda calibre 12 em suas mãos ao desembarcar do veículo, razão pela qual efetivou 8 (oito) disparos de arma de fogo, dos quais apenas 1 (um) atingiu a vítima.

São várias as provas que corroboram tal versão.

Quanto a este ponto, inicialmente destaco que as versões apresentadas pelas testemunhas E. e V. no sentido de que A. permaneceu inerte dentro do veículo e de que os disparos foram feitos de maneira totalmente repentina não encontram respaldo nas provas dos autos.

Em juízo, E. relatou o seguinte (evento 136 – TERMOTRANSC-DEP2 – autos originários):

“DEFESA: Eu vou fazer uma pergunta com relação ao momento dos disparos.

TESTEMUNHA: Sim.

DEFESA: O senhor, no momento em que ouviu os disparos, em algum momento o senhor viu o seu A. abrir a porta e fazer menção de que ia descer do veículo?

TESTEMUNHA: Não, não, ele abrir a porta para descer, não, eu não vi nem me lembro disso.

DEFESA: E posterior... O senhor descarta a possibilidade de que ele tenha aberto a porta, ou o senhor não viu?

TESTEMUNHA: Não, eu não... Até porque, quando nós paramos, nós já fomos alvejados, se o senhor me perguntar exatamente eu não lembro, mas o que lembro é que ele não desceu do carro, ele quase caiu em cima de mim, ficou do meu lado.”

A testemunha V. apresenta a mesma versão (evento 136 – TERMO-TRANSCDEP2 – autos originários):

“JUIZ: A minha última pergunta é a seguinte: se o senhor viu, assim que o seu A. abriu a porta, se ele apontou alguma arma para os policiais rodoviários.

TESTEMUNHA: O A. não abriu a porta, o A. caiu morto em cima do colo do rapaz que estava do lado.

JUIZ: Tá. Em nenhum momento ele abriu a porta?

TESTEMUNHA: Nenhum momento, a minha esposa que foi e abriu a porta para socorrê-lo, mas ele não abriu em nenhum momento.”

Entretanto, observo que a referida versão entra em conflito tanto com a versão do réu H.A.G. quanto com a de seu colega T.J.A., o que não causa surpresa. Isso porque, da análise dos depoimentos relacionados a esse ponto, percebe-se que as narrativas se mostram totalmente divergentes, não se descartando que eventuais lembranças sobre o referido fato traumático sofram influência decorrente da natureza do relacionamento que as testemunhas mantinham com a vítima ou com o réu.

Nesse contexto, é de suma importância a prova pericial carreada aos autos, a qual apontou *que a vítima A. desembarcou do veículo empunhando a espingarda calibre 12 de sua propriedade.*

Com efeito, o auto de exame de corpo de delito (Laudo Pericial nº 16.381/2010) consignou que a vítima A. foi atingida por um projétil de arma de fogo “na região interparietal, ou seja, na parte superior do crânio, descrevendo, ainda, que o trajeto do projétil foi de cima para baixo, sem outros desvios apreciáveis” (evento 94 – LAUDO1 – IPL).

Com mais exatidão, concluiu o Laudo nº 2.112/2011-INC/Ditec/DPF *que o tiro que atingiu A. adentrou na sua calota craniana, de maneira quase tangencial, com orientação predominantemente anteroposterior* (evento 201 – LAUDO2 – IPL).

Ou seja, A. foi atingido quando estava em posição frontal ao atirador, com a cabeça baixa, o que condiz com a versão do réu H.A.G. de que este estava em movimento de desembarque. Nesse sentido, o Laudo 1.146/2010 (evento 134 – Laudo 3 – IPL) apontou:

“A provável dinâmica dos fatos indica que, após perseguição, em meio a pelo menos oito disparos de arma de fogo, muito provavelmente do mesmo atirador, a vítima tenha sido atingida por disparo único na cabeça, quando estava com a porta do veículo aberta, em provável movimento de desembarque, voltada para o atirador, expondo sua lateral direita e com a cabeça levemente abaixada.”

Tal fato também restou apontado pelo Laudo nº 249/2012-Setec/SR/RS, o qual fez a análise de todos os laudos produzidos durante o inquérito policial, bem como descreveu a reprodução simulada dos fatos ora apurados (evento 200 – LAUD1 – IPL).

No referido laudo, faz-se menção ao Laudo 1.145/2010, o qual demonstra, por meio de registros fotográficos, que as manchas de sangue observadas no lado dianteiro do veículo, onde a vítima foi atingida, *indicam que a porta estava aberta no momento em que esta foi atingida pelo disparo*. Somem-se a isso as imagens contidas no mesmo laudo que demonstram que dois dos tiros disparados atingiram o interior da porta dianteira direita do veículo, o que só seria possível se a porta estivesse aberta (evento 200 – LAUD1, p. 47 – IPL).

Finalmente, em relação ao ponto mais pertinente à análise da ocorrência ou não da legítima defesa no presente caso, observo que as provas nos autos apontam que, além de desembarcar do veículo de maneira abrupta, a vítima A. o fez trazendo consigo a espingarda calibre 12.

A versão do réu H.A.G. indica que a vítima A. teria iniciado o desembarque do veículo segurando a espingarda com o cano voltado para si, motivo pelo qual efetuou a sequência de disparos.

No ponto, mostra-se imprescindível a análise dos Laudos nºs 249/2012-Setec/SR/DPF/RS (reprodução simulada, evento 200 – IPL) e 1.473/2011-Setec/SR/DPF/RS (evento 194 – IPL).

Com efeito, o Laudo 1.473/2011-Setec/SR/DPF/RS realizou perícia na arma pertencente à vítima A., a espingarda de calibre 12, da marca CBC. No referido laudo, constatou-se que “foram localizados vestígios biológicos, especificamente sangue humano, na região da coronha da espingarda. As manchas de sangue situam-se em ambos os lados da referida peça”. Referiu o laudo, ainda, que as manchas de sangue encontradas na referida arma “não foram produzidas de forma passiva, por ação da gravidade (...) com grande probabilidade, tais manchas de sangue foram produzidas no momento do evento que causou o ferimento à vítima, ou seja, no momento em que o disparo de arma de fogo atingiu a vítima”. Concluiu o laudo que

“não é possível determinar a posição exata da espingarda no momento da produção do material biológico. Contudo, é possível afirmar que a arma estava próxima ao corpo da vítima. As características das manchas de sangue observadas na arma não são compatíveis com uma espingarda empunhada da maneira tradicional, porém, não é possível excluir posições semelhantes à de empunhadura convencional, como, por exemplo, a arma empunhada com o cano paralelo ao chão, rotacionada em 180° no seu eixo longitudinal, com o gatilho virado para cima e o conjunto de mira para baixo.”

O Laudo 249/2012-Setec/SR/DPF/RS, por sua vez, concluiu que

“a versão do PRF H.A.G. é aquela que apresenta maior compatibilidade com as provas técnicas analisadas. O único ponto divergente refere-se à afirmativa de que o Sr. A.L.G. estivesse com a espingarda apontada de forma ordinária para os policiais, posição essa contrária à análise das manchas de sangue encontradas na arma de fogo. Ainda assim, os peritos não descartam que a espingarda estivesse com o cano voltado para os policiais, porém, não em posição de empunhadura comum. No mais, a versão apresentada pelo PRF H.A.G. é compatível com o depoimento prestado à autoridade policial no dia dos fatos.”

Diante de todos os elementos de prova acima elencados, entendendo estar suficientemente comprovado como se deu a dinâmica dos fatos apurados. É farto o conjunto probatório que demonstra que o réu H.A.G. e seu colega PRF T.J.A. iniciaram monitoramento do veículo VW Santana que era tripulado pela vítima, A., que estava no banco dianteiro direito, seu genro V.B.S., que estava no banco traseiro, e E.L.M.F., seu amigo, que dirigia o veículo. Restou incontroverso nos autos que os referidos PRFs ordenaram que o veículo VW Santana parasse na estrada, ordem essa que não foi atendida, por ordem da vítima A., iniciando-se a perseguição. Ao final da perseguição, após a parada do veículo VW Santana no pátio da residência da vítima A., este, antes mesmo de

qualquer ordem dos PRFs, abriu a porta do veículo, com a espingarda calibre 12 próxima a si, e foi atingido por um dos oito tiros efetuados pelo réu H.A.G. Essa é a dinâmica dos acontecimentos apontada pelas provas testemunhais e periciais produzidas na referida ação penal.

A partir de tal conclusão, analiso a tese de legítima defesa apresentada pela defesa técnica do réu em comento, haja vista que a referida tese *não adentra em discussões acerca do conteúdo das provas juntadas aos autos, ou seja, não questiona situações de fato, mas sim pretende discutir questão de direito, qual seja, se a conduta do réu no presente caso está albergada pela legítima defesa. Não há, dessa forma, qualquer invasão à esfera da competência do júri.*

Nesse ponto, mais uma vez destaco que o legislador, no art. 415 do Código de Processo Penal, previu a hipótese na qual o magistrado singular pode, fundamentadamente, absolver o acusado, uma vez demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão de crime. Em relação ao referido dispositivo legal, ensinam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer que,

“como regra, os delitos dolosos contra a vida deveriam ser examinados apenas pelo Tribunal do Júri. Contudo, as peculiaridades do procedimento e da jurisdição do júri popular, integrado por leigos, recomendam a adoção de algumas cautelas, reservando-se ao Poder Judiciário a apreciação de algumas questões ligadas à real existência de crime doloso contra a vida.” (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 889)

Sendo assim, em que pese haja a presença de determinadas singularidades no presente caso, que, à primeira vista, dificultariam a análise da tese defensiva nesta fase do processo, conforme entendeu o juízo *a quo*, entendo que as razões apresentadas pela defesa no presente recurso merecem guarida.

Isso porque, primeiramente, entendo configurada a situação presenciada pelo réu como a de injusta agressão iminente, descrita no art. 25 do Código Penal, que trata da legítima defesa.

Conforme concluiu a autoridade policial que presidiu o inquérito policial que originou a ação penal em comento, o conjunto de elementos constantes no inquérito apontou que,

“devido às singulares circunstâncias apresentadas, a conduta do PRF H.A.G. não nos pareceu precipitada, sobremaneira se considerarmos que estamos tratando de policiais que trabalham

na rua enfrentando todo o tipo de situação imprevisível nas abordagens empreendidas e que, conforme já assentado, o conjunto de condições da abordagem poderia ter falsa hipótese de ação armada por parte da vítima (reação que foi descartada pelas provas periciais, visto que a vítima não efetuou qualquer disparo), ocasionando a ação do policial rodoviário e os vários disparos contra o Sr. A. e o VW/Santana.” (evento 203 – IPL)

Não obstante o entendimento da autoridade policial, entendo que se deva fazer relevante ressalva, uma vez que a situação dos autos não demonstra que houve falsa percepção de perigo, *mas sim perigo real, ainda que iminente*. Isso porque, conforme se verificou, após a perseguição relatada e a desobediência à ordem de parada, a vítima, depois da parada do veículo, desembarcou deste antes mesmo de qualquer ordem dos policiais rodoviários federais, fazendo-o de maneira abrupta e, mais importante, portando arma de fogo longa consigo.

Nesse ponto, procede o argumento defensivo no que toca à não relevância da ausência de disparo por parte da vítima, uma vez que, como já referido, o texto legal considera legítima a defesa quando o agente repele agressão injusta atual ou iminente. Desse modo, não seria minimamente plausível exigir que o policial rodoviário em questão, exercendo seu dever funcional de forma legítima, como se verificou nos autos, tivesse que esperar que a vítima desferisse disparos de arma de fogo em sua direção para que só então pudesse revidar à agressão.

Mais do que isso, pelo contexto fático apurado nos autos, também não seria razoável que o policial, após a dinâmica em que se deu a perseguição que precedeu a abordagem, tivesse que esperar que a vítima saísse completamente do veículo e apontasse uma arma de grosso calibre para ele e seu colega para que então pudesse agir.

Consigno, pontualmente, que, na legítima defesa, a repulsa deve ser necessária, e ela o será

“se a ação do ofendido for a menos danosa de quantas estavam a sua disposição para rechaçar a agressão na situação concreta. A exigência de que a necessidade seja racional explica-se dentro deste contexto: a necessidade de ação defensiva é racional quando é adequada para impedir ou repelir a agressão. *A relação entre a agressão e a ação necessária para impedi-la ou repeli-la deve ser tal que se possa afirmar que, de acordo com as circunstâncias do fato, a ação concreta de defesa era adequada para repelir ou impedir a agressão concreta. Não se deve confundir a relação que deve existir entre a agressão e a defesa e a proporção entre o dano que causaria a agressão e o causado pela defesa. A racionalidade da necessidade da defesa vincula-se exclusivamente à primeira questão.*” (BACIGALUPO, Enrique.

Dessa forma, o fato de a vítima não ter efetuado disparos contra o réu, ou mesmo de não ter sido comprovado que esta empunhava a arma com o cano apontado para o réu, não afasta a ocorrência da legítima defesa, haja vista que deve ser considerado o risco que a iminente agressão poderia ocasionar, e não o dano efetivamente causado.

Finalmente, teço considerações acerca do número dos disparos efetuados pelo réu contra a vítima no presente caso.

Quanto a tal fato, faz-se necessário consignar que a quantidade de disparos realizados, por si só, não elide a possibilidade de se estar diante da legítima defesa, devendo-se analisar o contexto fático que resultou na referida ação. Ressalto, ainda, que, dos 8 (oito) disparos realizados, apenas 1 (um) atingiu a vítima A.

Em relação ao momento dos disparos, todas as pessoas que presenciaram o fato, incluindo as testemunhas e o próprio réu, relataram que a ação se desenvolveu em poucos segundos. Em seu interrogatório judicial, o réu H.A.G. declarou:

“JUIZ: Seu tiro foi certo já de primeira?”

RÉU: Não, senhor, assim, foi muito rápido, eu ouvi os colegas falando aqui em três segundos, quatro segundos... Para mim foi muito menos do que isso, e na minha cabeça eu sempre assim, que eu tinha de dar quatro tiros só, daí na Polícia Federal o delegado falou ‘eu achei sete cartuchos ou oito cartuchos’, bom, aí realmente contando depois, tirando do meu carregador e vendo o que eu ainda tinha, claro que fiz todos esses disparos, mas na minha cabeça tinham sido só uns quatro, foi muito rápido, eu atirei e ele caiu.”

“RÉU: Então assim, olha, daria para dizer que 100% das pessoas errariam algum tiro, é muito improvável que alguém acertasse o primeiro tiro, poderia tentar, mas ia ser quase que por acaso pela distância e pelo tempo de reação...”

JUIZ: O senhor...

RÉU: Então realmente quando atirei... Eu realmente achei que tivesse dado quatro tiros e dei muitos tiros em pouco tempo, realmente saiu um para um lado e um para o outro e acabou acertando o carro...”

No ponto, exsurgiria, em tese, a possibilidade de se enquadrar a conduta do réu na figura do excesso punível, prevista no parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, o qual se divide nas modalidades dolosa e culposa.

No que tange ao excesso doloso, ensina Cezar Roberto Bitencourt que este “ocorre quando o agente, deliberadamente, aproveita-se da si-

tuação excepcional que lhe permite agir para impor sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado (...)” (*Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 87).

Complementa Guilherme Nucci que, nessa circunstância, o agente “atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pela cólera, entre outros motivos semelhantes”. Já em relação ao excesso culposo, ensina o mesmo autor que este “é o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa” (*Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 248).

Feitas tais considerações e analisando as provas produzidas nos presentes autos, tenho que o contexto em que se deu a ação ora apurada não permite que se enquadre a conduta do réu em comento na figura de excesso punível.

Conforme já apontado anteriormente, os disparos deram-se após perseguição policial, na qual os PRFs em questão tinham condições de visualizar que havia três tripulantes no veículo, bem como que um deles portava arma de fogo. Demonstrou-se nos autos, também, que o local onde o veículo foi estacionado tinha baixa luminosidade (evento 134 – LAUDO3 – IPL) e que a distância entre a viatura da PRF e o veículo em que estava a vítima era de 19 metros. Por derradeiro, restou comprovado que a vítima iniciou o desembarque do veículo portando a espingarda calibre 12.

Diante de todas essas circunstâncias, ressaltando-se o provável nervosismo diante de iminente agressão com arma longa de grosso calibre, bem como as condições do local em relação à luminosidade, não se mostra razoável o argumento de que o réu tenha agido com excesso, mas sim que tenha realizado tantos disparos quantos fossem necessários para cessar a iminente agressão.

Dessa forma, diante de todas as razões acima elencadas, entendo que o vasto conjunto probatório juntado aos autos permite que seja reconhecida, neste estágio processual, a presença de causa de exclusão do crime (legítima defesa), resultando, por conseguinte, na absolvição do réu H.A.G. do cometimento do crime de homicídio simples contra A.L.G., com fulcro no artigo 415, IV, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso em sentido estrito, para que o réu H.A.G. seja absolvido do cometimento do crime de homicídio simples, com fulcro no artigo 415, IV, do Código de Processo Penal c/c artigo 23, II, do Código Penal, nos termos da fundamentação.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: Pedi vista dos autos para examinar melhor a aplicação, ao caso em apreciação, do disposto no artigo 415, inciso IV, do Código de Processo Penal c/c o artigo 23, inciso II, do estatuto criminal, como requerido pela defesa no recurso epigrafado.

Estamos aqui a tratar, em nível recursal, da possibilidade de reforma da sentença de pronúncia para a absolvição sumária de H.A.G. da suposta prática do crime do artigo 121, *caput*, do Código Penal, na data de 24.02.2010, por disparo de arma de fogo que teria culminado com a morte de A.L.G.

De início, registro não haver controvérsia quanto à prova da materialidade e aos indícios de autoria suficientes para a pronúncia do réu, policial rodoviário federal, pela morte do civil, mas sim se o seu agir ocorreu ou não sob o excepcional respaldo da exclusiva defesa da sua vida e do colega em serviço.

Como consignado pelo relator, para a absolvição sumária do réu com base em causa de exclusão de ilicitude, como a legítima defesa, é imperioso que a excludente esteja cabalmente estampada na prova colhida nos autos, com grau de certeza a afastar a incidência do princípio *in dubio pro societate*.

Isso quer dizer que, para a sumária absolvição do réu da prática de crime doloso contra a vida, cujo juízo natural é o Tribunal do Júri, por ter desenvolvido a ação em defesa legítima, deve haver prova unívoca, estreme de dúvidas, no sentido de que ele agiu sob o manto da suscitada excludente de ilicitude. Havendo mais de uma possibilidade para o desfecho, deve-se pronunciar o réu, sob pena de usurpação de competência.

No caso concreto, o juízo primevo, diante da prova produzida, pronunciou o acusado ao Tribunal do Júri pelo crime do artigo 121, *caput*,

do Código Penal (evento 215 da ação penal originária), por entender presentes a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, bem assim porque não estaria albergado *de plano* pela excludente de ilicitude, sobre o que caberia dispor, oportunamente, o competente Conselho de Sentença.

Eis a fundamentação:

“Da análise dos autos, verifico que a materialidade delitiva e os indícios de autoria estão demonstrados pelos seguintes elementos:

1) ficha de atendimento laboratorial de A. (evento 91, OFIC1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

2) auto de exame de corpo de delito – Laudo nº 16.381/2010-IGP/DML/RS (evento 94, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

3) laudo de exame de material de audiovisual (evento 97, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

4) laudo de exame de material (evento 109, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

5) Laudo de Exame de Arma de Fogo nº 311/10-Setec/SR/DPF/RS (evento 115, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

6) Laudo de Exame de Vestígio Biológico nº 318/2010-Setec/SR/DPF/RS (evento 116, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

7) Laudo de Exame de Vestígio Biológico nº 319/2010-Setec/SR/DPF/RS (evento 117, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

8) Laudo de Exame de Vestígio Biológico nº 326/2010 (evento 118, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

9) Laudo de Exame de Material nº 449/2010-INC/Ditec/DPF (evento 119, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

10) Laudo nº 811/2010-INC/Ditec/DPF (evento 120, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

11) Laudo de Exame de Veículo Terrestre nº 1.145/2010-Setec/SR/DPF/RS (evento 134, LAUDO2, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

12) Laudo de Exame de Local nº 1.146/2010-Setec/SR/DPF/RS (evento 134, LAUDO3, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

13) Informação Técnica nº 237/2010-Setec/SR/DPF/RS (evento 134, INF4, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

14) perícia diversa (evento 190, LAUDO2, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

15) Laudo de Perícia Criminal nº 1.473/2011-Setec/SR/DPF/RS (evento 194, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

16) Laudo de Perícia Criminal nº 1.901/2011 (evento 194, LAUDO2, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

17) Laudo de Perícia Criminal nº 249/2012-Setec/SR/DPF/RS (evento 200, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

18) Laudo de Perícia Criminal nº 346/2011 (evento 202, LAUDO1, do Inquérito Policial

nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

19) auto de prisão em flagrante (evento 1 do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

20) auto de apreensão (evento 25, APREENSÃO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

21) Ocorrência Policial nº 1.977/10-100441 da Polícia Civil de Gravataí/RS (evento 78 do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

22) Laudo de Exame de Material de Audiovisual nº 751/2010 (evento 93, LAUDO1, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

23) Laudo de Perícia Criminal nº 402/2011-Setec/SR/DPF/RS (evento 159, LAUDO3, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

24) Informação nº 67/2011-Setec/SR/DPF/RS (evento 173, INF2, do Inquérito Policial nº 5001715-34.2010.404.7100/RS);

25) Informação Técnica nº 162/2013-Setec/SR/DPF/RS;

26) depoimentos das testemunhas de acusação A.C.S.S.G., E.L.M.F., V.B.S., S.M.G., J.F.M.G., M.S.G., T.J.A. e G.C.F., que relatam como, nas suas visões, teriam ocorrido os fatos (evento 136);

27) interrogatório do acusado (evento 136), que admitiu a realização dos disparos.

Portanto, *as provas de materialidade e os indicativos de autoria qualificam-se como suficientes para fins de pronúncia do réu pelo fato denunciado, cabendo ao Conselho de Sentença, todavia, examinar as demais alegações veiculadas pela defesa e julgar o denunciado definitivamente.*

*Ainda que este juízo entenda que a análise das provas quanto à legítima defesa deva ser realizada apenas pelo Tribunal do Júri – até mesmo para evitar indução do conselho pela presença ou pela ausência da causa excludente –, diante do acórdão proferido no recurso em sentido estrito interposto pela defesa, esclareço que, **aparentemente, não houve legítima defesa do acusado H.A.G., uma vez que este desferiu oito tiros contra a vítima A., que nenhum tiro disparou e, segundo as provas, sequer apontava arma para os policiais.***

Ademais, como se sabe, a pronúncia constitui singela habilitação à acusação e ao julgamento pelo júri popular. Nada mais.

Desse modo, as dúvidas que porventura persistam em circundar o feito devem ser submetidas aos debates em plenário do júri – juiz natural da causa –, por força de mandamento constitucional, a quem cabe apreciar as teses e as antíteses.

Assim, com fundamento no artigo 413 do Código de Processo Penal, o acusado H.A.G. haverá de ser pronunciado pelo crime contra a vida que lhe é imputado na denúncia (artigo 121, *caput*, do Código Penal), a fim de que seja submetido a julgamento pelo júri popular.” (destaquei)

O relator, examinando o recurso defensivo, votou por aplicar a excludente do crime de homicídio simples, sem reconhecer excesso punível, e, conseqüentemente, por absolver o réu. Baseou-se especialmente nos laudos periciais para formar sua convicção derradeira.

Nas razões de recurso, a defesa pediu o reconhecimento da legítima defesa e, para tanto, refutou os seguintes fundamentos da pronúncia: 1)

o acusado ter efetuado oito disparos de arma de fogo contra a vítima; 2) a vítima não estar com a arma apontada para os policiais e não ter efetuado nenhum disparo.

Em relação ao primeiro fundamento, disse que não seria a quantidade de disparos de arma de fogo o critério legal para se afirmar ou não que determinada pessoa agiu em legítima defesa, que somente um disparo teria atingido a vítima e que, segundo o acusado, seria o último, de forma que o recorrente teria cessado os disparos quando percebeu que a vítima fora atingida e não haveria perigo para si e seu colega, PRF T.J.A. Asseverou que o recorrente estava em perseguição a veículo com três tripulantes, que já teria sinalizado para pararem, sem êxito, e que, ao contrário, a vítima em duas oportunidades teria sacado a arma longa para fora do veículo no intuito de posicioná-la para efetuar disparo contra a viatura policial, o que somente não teria sido possível porque precisaria colocar metade do corpo para fora do veículo a fim de apoiá-la. Disse que, no momento dos fatos, ao invés de a vítima ter descido do veículo com as mãos para cima e lentamente, teria optado por desembarcar de maneira abrupta e com a arma longa em mãos, quando o acusado teria reagido e feito cessar a agressão iminente.

Quanto ao segundo fundamento, disse que haveria erro na sentença porque inexistiria qualquer prova de que a vítima não tivesse apontado a arma para os policiais, mas apenas de que não estaria a arma empunhada em posição ordinária, bem assim que a versão do acusado seria a única a se amoldar aos achados policiais. Acrescentou que a legítima defesa pode ser usada para prevenir a agressão iminente, e que a vítima, que estaria portando a arma longa, teria descido do veículo de maneira abrupta, o que estaria a declarar a intenção de disparar contra a guarnição, de forma que não teria deixado margem para o recorrente agir, ou seja, sua única e esperada reação seria a tomada na noite dos fatos, disparando quantas vezes fossem necessárias para sustar a iminência de agressão.

Pois bem.

Diante da necessidade de verificar a possibilidade de absolvição sumária do réu, disse o juízo primevo, como antes reproduzido, até para não induzir o Conselho de Sentença, que, *aparentemente*, não teria ocorrido a excludente de ilicitude, em vista de que H.A.G. teria desferido

oito tiros contra a vítima A., que *nenhum tiro* teria disparado e, segundo as provas, *nem sequer estaria apontando* a arma para os policiais.

Portanto, a pronúncia do réu e o não reconhecimento, *primo ictu oculi*, do agir em defesa legítima estariam nos oito tiros desferidos contra nenhum da vítima e porque esta, pelas provas colhidas, não estaria apontando arma para os policiais rodoviários federais no momento do crime.

No bojo do Inquérito Policial 5001715-34.2010.4.04.7100, foi acostado o Laudo 249/2012-Setec/SR/DPF/RS (evento 200 do IPL), no qual foi realizada a compilação das conclusões de todos os demais laudos produzidos, a reprodução simulada do caso investigado, o exame da verossimilhança das versões dadas pelos envolvidos no apuratório, além da indicação da melhor dinâmica a ser conferida aos fatos ocorridos no dia 24.02.2010, que culminaram com a morte de A.L.G., por disparo de arma de fogo, por volta das 21h, na Rua [omissis], Glorinha/RS.

Eis os envolvidos com vida: os policiais rodoviários H.A.G. (réu e ora recorrente, condutor da viatura da PRF e possível responsável pelo disparo que atingiu fatalmente A.) e T.J.A. (passageiro da viatura da PRF) e os civis E. (motorista do veículo VW/Santana e amigo da vítima) e V. (passageiro do banco traseiro do veículo VW/Santana e genro da vítima), além de S. (filha da vítima, que estava na residência) e A. (vizinha da vítima).

Ao que se vê da simulação das versões fáticas, dos exames e dos dados periciais compilados no referido laudo, apesar de haver a conclusão de que a versão do PRF H.A.G. seria aquela a apresentar *maior compatibilidade com as provas técnicas analisadas*, não se tem realmente uma unicidade quanto aos detalhes do ocorrido e ao real desfecho do evento crime que pudesse respaldar a sumária absolvição do réu neste embrionário momento processual pela presença da excludente de ilicitude, como passarei a explicar.

No tocante à visualização da arma pelos policiais (coronha e cano) e à alegação defensiva de que a vítima teria manipulado a arma dentro do veículo para tentar atirar nos policiais durante o trajeto da perseguição, cujo intento não teria sido possível pelo tamanho do armamento, afirmaram os *experts*:

“Outro trecho importante da perseguição policial se refere ao ponto em que os veículos em alta velocidade adentram em direção à Rua [omissis]. Exatamente quando faziam a curva, o PRF H.A.G. teria visto a coronha da espingarda pela porta do motorista, que se encontrava com a janela aberta.

Os peritos realizaram testes para verificar se as condições de luminosidade da via permitiam ao motorista VTR policial visualizar a coronha da arma no carro que seguia à frente. *Observou-se que é possível visualizar a coronha da arma na posição informada pelo PRF, porém, a parca iluminação do local dificulta a identificação do objeto (...).*

Ainda no mesmo trecho, avançando alguns metros na Rua [omissis], o PRF T.J.A. informou que teria visto o cano da arma de fogo em pauta para fora da janela dianteira direita do veículo VW/Santana (...). Os peritos realizaram o mesmo exame descrito anteriormente para a versão do PRF H.A.G. e verificaram que também é possível visualizar o cano da arma para fora do veículo no período da noite da posição em que se encontrava o PRF T.J.A.

Contudo, **as duas versões apresentadas pelos PRFs (...) apenas são compatíveis caso o Sr. A.L.G. tenha trocado a posição da espingarda dentro do veículo em movimento, de forma que inicialmente fosse possível visualizar a coronha (versão PRF H.A.G.) e, sequencialmente, o cano da arma (versão PRF T.J.A.).** Os Srs. E. e V. não reportam em suas versões que o Sr. A. tenha manipulado o armamento durante a perseguição policial. Ainda, segundo o Sr. V., o Sr. A. portava a espingarda dentro do veículo em posição muito semelhante àquela indicada pelo PRF H.A.G.

Após algumas simulações, os signatários observaram que *se trata de uma manobra difícil de ser realizada devido ao comprimento da arma e ao pequeno espaço disponível, porém possível.* Dessa forma, quanto a esse aspecto, não se pode descartar nenhuma das versões apresentadas, tanto pelos Srs. E. e V. quanto pelos PRFs.” (destaquei)

Quanto à ordem cronológica do tiro que teria atingido a vítima:

“Como já exposto, segundo todas as versões apresentadas, os fatos se desenrolaram de maneira muito rápida após a parada dos veículos no local.

De acordo com os PRFs H.A.G. e T.J.A., assim que o veículo VW/Santana estacionou no fundo da garagem, o passageiro do lado dianteiro direito, Sr. A.L.G., teria descido do veículo com a espingarda na mão, apontando o cano da arma de fogo na direção dos policiais. Em seguida, o PRF H.A.G. teria iniciado os disparos de arma de fogo na direção do veículo VW/Santana.

Segundo as versões apresentadas, os disparos de arma de fogo foram sequenciais à chegada dos veículos na residência. Não foi mencionado se algum dos policiais deu voz de comando ou algo do gênero. Além disso, as pessoas que apresentaram suas versões dizem ter ouvido um número superior a cinco disparos de arma de fogo, à exceção do PRF T.J.A., que diz ter escutado apenas dois disparos, sendo que ainda teve a impressão de terem sido oriundos do veículo VW/Santana, versão essa incompatível com os fatos.

De acordo com os Laudos 1.145/2010 e 1.146/2010-Setec/SR/DPF/RS, foi possível contabilizar um mínimo de oito disparos de arma de fogo. Ainda, do Laudo 1.146/2010-Setec/SR/DPF/RS, extrai-se o seguinte:

‘A seguir, teriam sido **efetuados 08 (oito) disparos de arma de fogo, à distância, na direção do veículo VW/Santana.** Desses, **06 (seis) disparos atingiram o veículo,** conforme Laudo de Veículo Terrestre nº 1.145/2010-Setec/SR/DPF/RS. **Um dos disparos atingiu**

uma coluna da garagem, localizada ao lado esquerdo, especificamente VESTÍGIO_4 (...). Por fim, *o disparo restante atingiu a vítima A.L.G., na região da cabeça, onde o projétil permaneceu alojado. Não foi possível detectar a ordem cronológica dos disparos.*'

Não foi possível determinar tecnicamente se todos os disparos vieram de uma mesma arma, porém, todos os elementos de munição coletados no local dos fatos correspondem à arma do PRF H.A.G., conforme apresentado no Laudo 811/2010-INC/Ditec/DPF. Além disso, o próprio PRF H.A.G. afirma ter sido o autor de todos os disparos.

Entre os disparos de arma de fogo efetuados, um deles atingiu o Sr. A.L.G. na parte superior de sua cabeça, gerando um ferimento perfuro-contundente, o qual acabou demonstrando ser fatal." (destaquei)

Com relação à posição da vítima no momento em que teria sido atingida pelo projétil de arma de fogo:

“Uma das questões a serem esclarecidas por esta reprodução simulada é a posição da vítima no momento em que foi atingida pelo disparo de arma de fogo oriundo da arma do PRF H.A.G. Nesse sentido, a perícia objetiva tentar esclarecer se a vítima estava dentro ou fora do veículo; se a porta e/ou a janela dianteira direita do veículo estavam abertas ou fechadas; se a vítima estava de frente ou de costas para o atirador no momento em que foi atingida; se a vítima empunhava a sua espingarda no momento em que foi atingida pelo disparo de arma de fogo; e, em caso positivo para a última, se estava apontando sua arma em direção aos policiais.

Inicialmente, *as versões dos envolvidos são unânimes quanto à localização da vítima no veículo durante o desenrolar dos fatos, ou seja, o banco do passageiro dianteiro direito. As demais informações obtidas por meio das versões apresentadas aos peritos são conflitantes.* Enquanto os policiais rodoviários federais afirmam que a vítima se encontrava de frente para o atirador, empunhando e apontando a espingarda na direção dos policiais, os Srs. E. e V. afirmam que a vítima estava dentro do veículo, com as respectivas porta e janela fechadas, tendo sido atingido de trás para frente. O Sr. V. ainda disse acreditar que o disparo que atravessou o porta-malas do veículo VW/Santana foi o mesmo que atingiu a vítima quando esta encontrava-se abaixada em direção ao assento do motorista.

Em um primeiro momento, analisando-se as provas técnicas, *foi possível verificar que as versões dos Srs. E. e V. não são compatíveis com os achados periciais, ao afirmarem que a porta e a janela do lado do Sr. A. estavam fechadas. Os exames apresentados nos Laudos 1.145/2010 e 1.146/2010-Setec/SR/DPF/RS demonstraram que a porta dianteira direita do veículo e a respectiva janela estavam abertas no momento dos disparos.* Tais constatações foram realizadas devido à *presença de respingos de sangue no batente da porta, na parte superior do vidro (apenas), além de dois disparos de arma de fogo que atingiram a parte interna da referida porta.* (...)

Além disso, em contradição ao sugerido pelo Sr. V., o disparo que atingiu o porta-malas do veículo não foi aquele que atingiu o Sr. A., sendo que tal projétil foi localizado no interior do veículo VW/Santana (*vide* descrição no Disparo_2 no corpo do Laudo 1.145/2010-Setec/SR/DPF/RS).

Quanto à versão do PRF H.A.G., o responsável pelos disparos de arma de fogo, este informou que visualizou o Sr. A.L.G. na parte de fora do veículo, de frente para os policiais, com o cano da arma voltado para os policiais, porém, não soube precisar se a vítima de

fato estava em pé fora do veículo ou se movimentando para tal. Já o PRF T.J.A. informou que o Sr. A.L.G. estava com o corpo totalmente fora do veículo VW/Santana, com o cano da arma de fogo apontado para os policiais.

Nesse sentido, o Laudo 1.146/2010-Setec/SR/DPF/RS indica que a vítima teria sido atingida no movimento de saída do veículo VW/Santana, enquanto desembarcava, conforme trecho reproduzido a seguir:

‘A provável dinâmica dos fatos indica que, após perseguição, em meio a pelo menos oito disparos de arma de fogo, muito provavelmente do mesmo atirador, *a vítima tenha sido atingida por disparo único na cabeça quando estava com a porta do veículo aberta, em provável movimento de desembarque, voltada para o atirador; expondo sua lateral direita e com a cabeça levemente abaixada.*’

Dessa forma, a versão de que a vítima estava com o corpo totalmente fora do veículo, apresentada pelo PRF T.J.A., não é compatível com as observações técnicas, enquanto a versão do PRF H.A.G., que não soube precisar se a vítima estava totalmente em pé fora do veículo ou em movimento, é compatível com as provas técnicas.” (destaquei)

No que se refere à posição da arma de fogo da vítima quando teria sido atingida:

“(…) os dois PRFs envolvidos na situação afirmam que, no momento dos fatos, o Sr. A.L.G. teria apontado o cano da espingarda na direção dos policiais.

Para verificar tal informação, os peritos analisaram o laudo que versa sobre a dinâmica da formação das manchas de sangue observadas na arma (Laudo 1.473/2011-Setec/SR/DPF/RS). O laudo conclui que a arma apresentava respingos de sangue oriundos da vítima, formados no momento em que a vítima foi atingida, sugerindo a proximidade da arma com a vítima. Ainda, o laudo sugere que a dispersão dos respingos e das manchas de sangue não é compatível com a de empunhadura normal da arma, ou seja, no momento em que foi atingido pelo disparo de arma de fogo, o Sr. A.L.G. não estava apontando a arma para os policiais da maneira ordinária como sustentado pelos policiais rodoviários federais em suas versões. Por outro lado, é digno de registro que não é possível descartar que a arma estivesse com o cano voltado para os policiais rodoviários federais, porém, rotacionada em seu eixo horizontal (longitudinal), ou seja, com gatilho e guarda-mato voltados para cima, conforme texto retirado do laudo, abaixo transcrito:

‘Não é possível determinar a posição exata da espingarda no momento da produção do material biológico. Contudo, é possível afirmar que a arma estava próxima ao corpo da vítima.

As características das manchas de sangue observadas na arma não são compatíveis com uma espingarda empunhada da maneira tradicional (vide figura 8). Porém, não é possível excluir posições semelhantes à de empunhadura convencional, como, por exemplo, a arma empunhada com o cano paralelo ao chão, rotacionada em 180° no seu eixo longitudinal, com o gatilho virado para cima e o conjunto de mira para baixo.’

Por fim, deve-se registrar que *apenas a partir das manchas de sangue não foi possível determinar o exato posicionamento espacial da arma na cena dos fatos, podendo estar a espingarda fora do veículo, nas mãos da vítima, ou no interior do veículo, ao lado da vítima.* Porém, de acordo com os ensaios realizados pela perícia, esta última hipótese é

menos provável, pois a arma seria um obstáculo para a vítima desembarcar do veículo, atrapalhando o movimento de desembarque.” (destaquei)

E, enfim, as conclusões periciais e a dinâmica mais provável do ocorrido:

“1. Na noite do dia 24.02.2010, aproximadamente às 19h45min, o Sr. A.L.G. se dirigiu, em um veículo VW/Santana de cor branca, ao posto de gasolina Auto Posto Boa Viagem na cidade de Glorinha/RS.

2. No posto de gasolina, o Sr. A. teve acesso às dependências do estabelecimento. Ao retornar para a área externa das dependências do estabelecimento, foi possível observar por meio das imagens das câmeras de segurança que o Sr. A. colocou um objeto, muito provavelmente a espingarda, no porta-malas do seu veículo.

3. Ainda no posto de gasolina, os Srs. E., V. e A. teriam se encontrado, conversado um pouco e partido em direção à rodovia *Freeway*, trafegando no sentido capital-litoral.

4. Na *Freeway*, realizaram uma conversão proibida, retornando para o sentido litoral-capital da rodovia, e, logo em seguida, efetuaram uma parada em um dos refúgios daquela rodovia, permanecendo por aproximadamente 30 minutos. Ainda, nesse momento, é possível que o Sr. A. tenha retirado a espingarda do porta-malas do veículo e a colocado ao seu lado, no banco dianteiro direito do veículo, embora isso não possa ser tecnicamente confirmado. Essa parada levantou suspeita por parte de funcionários da concessionária da rodovia (Concepa).

5. Com isso, os funcionários da concessionária acionaram a sua central e relataram o ocorrido. Foi então que a central da concessionária fez o acionamento da Polícia Rodoviária Federal.

6. Os policiais rodoviários federais T.J.A. e H.A.G., atendendo ao chamado no rádio, teriam visualizado, na pista oposta, o veículo de comportamento suspeito já em deslocamento.

7. Em seguida, os policiais T.J.A. e H.A.G. fizeram o retorno e iniciaram o acompanhamento do veículo então suspeito, a distância, sem quaisquer sinais luminosos ou sonoros ativados.

8. O veículo VW/Santana adentrou a saída para a cidade de Glorinha, sendo a ação acompanhada pelos policiais rodoviários federais. O acompanhamento perdurou até as proximidades do entroncamento da RS-030, quando, enfim, a viatura da PRF, por meio de sinais sonoros e luminosos, abordou o veículo VW/Santana. Nesse ponto, os policiais teriam tido a percepção de que havia três indivíduos no interior do veículo, informação antes desconhecida.

9. Após perceber a abordagem policial, o Sr. E., motorista do veículo VW/Santana, teria feito menção de parar o veículo. Entretanto, supostamente ordenado pelo Sr. A., acabou por empreender fuga da viatura da Polícia Rodoviária Federal em alta velocidade.

10. O veículo VW/Santana seguiu em fuga pela rodovia RS-030, atravessando o centro da cidade de Glorinha/RS, até chegar à Rua [*omissis*], na qual adentrou em alta velocidade à direita. A viatura da PRF acompanhava o veículo de perto, sendo que, *nesse momento, o PRF H.A.G. teria percebido a presença de uma arma longa junto ao indivíduo identificado posteriormente como o Sr. A.*

11. Salienta-se que os policiais tinham condições de visibilidade para identificar a arma de fogo que estava no veículo VW/Santana, porém, *concluiu-se que muito pro-*

vavelmente a referida espingarda não tenha sido apontada para os policiais durante a perseguição.

12. Ao chegar, ainda em alta velocidade, ao número [omissis] da Rua [omissis], o veículo VW/Santana adentrou o pátio para, por fim, estacionar na garagem da residência, ao fundo do terreno. Enquanto isso, a viatura da PRF estacionou na entrada do mesmo terreno, a uma distância aproximada de 19 metros.

13. Assim que os carros foram estacionados, o Sr. A.L.G. abriu a porta dianteira direita, **possivelmente** com a espingarda nas mãos, e iniciou o movimento de descida.

14. Concomitantemente, o PRF H.A.G., que **provavelmente** era o único policial que conseguia visualizar com precisão os movimentos do Sr. A., iniciou uma sequência de oito disparos de arma de fogo, sendo que um deles atingiu o Sr. A. na região da calota craniana, adentrando-a de maneira quase tangencial, com orientação predominantemente anteroposterior.

15. O corpo do Sr. A. foi projetado para trás, sendo que sua cabeça atingiu o painel do veículo antes de chegar à sua posição final sobre o banco do motorista. A hipótese mais provável é de que as pernas da vítima tenham permanecido voltadas para fora do veículo.

16. *Quanto à arma longa que em tese estava com o Sr. A., não foi possível determinar a posição final na cena dos fatos.*

17. Após, os policiais continuaram a abordagem, rendendo os Srs. E. e V. no pátio da residência.

18. Na sequência dos eventos, os policiais verificaram que havia um homem ferido e aparentemente com vida. Com isso, foram tomadas medidas para que fosse efetuado o socorro. Como a ambulância solicitada estaria demorando a chegar, o socorro foi realizado no próprio veículo VW/Santana em que a vítima se encontrava.” (destaquei)

Com efeito, não há como afirmar que teria sido o último disparo a atingir a vítima, de forma a dosar se a quantidade de disparos configurou ou não a excludente ou o excesso desta; seis dos disparos teriam atingido o veículo, onde haveria mais duas pessoas que não teriam causado perigo à vida dos policiais; a vítima poderia ou não ter manipulado e empunhado a arma contra os policiais durante a perseguição, mas a probabilidade é de que não o teria feito; a vítima poderia ou não ter apontado a arma contra os policiais ao iniciar o desembarque do veículo estacionado em sua residência, mas poderia ter ficado a arma dentro do veículo (hipótese menos provável pelo tamanho, mas possível), poderia apenas estar segurando a arma para efetuar o desembarque sem obstrução ou poderia realmente ter apontado a arma em direção aos policiais em posição de tiro não tradicional (mira virada para baixo e gatilho para cima) com intenção de defesa ou ataque; não teria havido disparos da arma de fogo da vítima em nenhum sentido; não teria sido dada nenhuma ordem pelos PRFs aos tripulantes do carro ao pararem na garagem

da residência da vítima; a suposta reação do réu, desferindo oito tiros, poderia não ser a única esperada no momento dos fatos.

Nesses termos, pelas provas técnicas e pelos depoimentos colhidos no Inquérito Policial 5001715-34.2010.4.04.7100 e na Ação Penal 5068473-87.2013.4.04.7100, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria do crime de homicídio simples a pronunciar o acusado e, por outro lado, não há demonstração incontestada de que a ação teria sido realizada em efetiva defesa legítima da vida dos PRFs.

Portanto, sem fazer um juízo final de valor sobre os fatos com base nas provas produzidas para não prejudicar o competente exame pelo Tribunal do Júri, há probabilidades outras que deverão ser sopesadas antes de se afirmar categoricamente se, em sendo o PRF H.A.G. o autor do delito que lhe foi imputado, houve ou não ação em legítima defesa e, em havendo, se ocorreu ou não algum excesso, até porque não estamos a tratar de atirador comum do povo, mas de policial prévia e necessariamente treinado para ações interventivas como a *sub judice*.

Dessarte, presentes dúvidas palpáveis sobre estar a conduta criminosa albergada pelo instituto da legítima defesa, a exigir a incursão no próprio mérito da imputação, o que desborda claramente da competência desta Corte Regional, é incabível a absolvição sumária do acusado.

Ante o exposto, pedindo vênias ao relator, voto no sentido de *negar provimento* ao recurso criminal em sentido estrito para manter a sentença de pronúncia de H.A.G. pela suposta prática do crime do artigo 121, *caput*, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5068514-20.2014.4.04.7100/RS

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Bianca Georgia Cruz Arenhart
Relator para o acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Carlos Canalli

Apelante: Ministério Público Federal (autor)

Apelante: E.M.M. (ré)

Advogado: Dr. Zeno Lopes Govoni

Advogado: Dr. Rubens Otavio Steigleder Ohlweiler

Apelante: L.P.L.B. (réu)

Advogado: Dr. Luiz Guilherme Koury Maues

Advogado: Dr. Marlon de Araujo Aita

Apelante: B.S.P. (réu)

Advogado: Dr. Afonso Praça Baptista

Apelante: M.K. (ré)

Advogado: Dr. Rubens Otavio Steigleder Ohlweiler

Advogado: Dr. Zeno Lopes Govoni

Apelados: Os mesmos

Apelado: J.O.S.M. (réu)

Advogado: Dr. Rubens Otavio Steigleder Ohlweiler

Advogado: Dr. Zeno Lopes Govoni

EMENTA

Penal. Processual penal. Apelação criminal. Sistema Financeiro Nacional. Lei nº 7.492/86, artigos 4º e 5º. Gestão fraudulenta. Materialidade, autoria e dolo. Comprovação. Apropriação indébita “financeira”. Materialidade, autoria e dolo. Comprovação. Condutas ofensivas a bens ou objetividades jurídicas distintas. Responsabilização criminal: concurso de crimes, material ou formal (próprio ou impróprio); concurso de normas (critérios de solução de antinomias); e consunção. Hipótese fática a revelar concurso formal próprio. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Confissão. Arrependimento posterior. Atipicidade da conduta. Impossibilidade. Redução de pena quando satisfeitas as condicionantes legais. Regime inicial de cumprimento da pena. Segregação superior a 4 – quatro – anos. Semiaberto. Substituição por penas restritivas de direitos. Impossibilidade. Execução provisória das penas. Súmula nº 122 do TRF4R.

1. A Lei nº 7.492/86 tutela a higidez do Sistema Financeiro Nacional, no caso, consubstanciada pela regularidade das operações realizadas no âmbito da agência bancária, integrante daquele, e gerenciada por um dos corréus.

2. Pratica o crime do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 aquele que gere fraudulentamente instituição financeira. No caso, houve, exemplificativamente, concessão irregular e simulação em empréstimos e operações bancárias, realizadas estas em desacordo com a legislação de regência.

3. Pratica o crime de apropriação indébita financeira quem se apropria ou desvia, em proveito próprio ou alheio, “bem” de que tem a posse. No caso, houve, essencialmente, desvio de dinheiro. Inteligência do artigo 5º da Lei nº 7.492/86.

4. Materialidade, autoria e dolo nos crimes de gestão fraudulenta e de apropriação indébita demonstrados pelas provas documentais e testemunhais colacionadas na instrução criminal.

5. Condutas que malferem distintas objetividades jurídicas reclamam consentânea responsabilização criminal, que, a depender do caso, pode ser dar por meio de concurso de crimes, material ou formal (este próprio ou impróprio); concurso de normas (solvido pelos critérios de solução de antinomias); ou, ainda, pelo princípio da consunção. Hipótese em que das provas colhidas nos autos se infere agir a revelar concurso de crimes formal, no caso, de gestão fraudulenta e de apropriação indébita “financeira”, porque lesadas, respectivamente, a higidez do Sistema Financeiro Nacional e o patrimônio do banco e de seus investidores.

6. É viável a exasperação da pena-base quando existente vetorial negativada em desfavor do réu.

7. A confissão, considerada como voluntária manifestação do réu narrando o *iter criminis*, deve ser sopesada quando do exame da pena provisória. Precedentes.

8. Arrependimento posterior eficaz não implica atipicidade da conduta ensejando, acaso satisfeitas as legais condicionantes, redução de pena. Inteligência do artigo 16 do CP. Precedentes.

9. A reparação do dano eficaz a refletir arrependimento posterior e conseqüente redução de pena deve ser integral, voluntária e ultimada em momento anterior ao do recebimento da denúncia. Hipótese em que a reparação não foi (a) integral e (b) voluntária, porque limitada aos

valores atinentes a operações bancárias nas quais figuravam familiares do corréu gerente da unidade bancária; nem (c) prévia, porque, sendo parcial, não se realizou antes do recebimento da inicial acusatória. Conduta que não revela arrependimento, mas, sim, tentativa de isentar de responsabilidade criminal e civil os familiares. Inteligência do artigo 16 do CP.

10. Reprimenda física em quantitativo superior a 4 – quatro – anos de segregação autoriza regime semiaberto para o seu inicial cumprimento e inibe sua substituição por restritivas de direitos.

11. Execução provisória nos termos da Súmula nº 122 do TRF4R.

12. Apelo da acusação provido em parte; apelações das defesas desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencida a relatora, dar parcial provimento à apelação da acusação; negar provimento às apelações da defesa; e, de ofício, determinar o início da execução provisória das penas, quando esgotada a jurisdição ordinária nesta instância, nos termos do voto do Desembargador Federal *Luiz Carlos Canalli*, que lavrará o acórdão, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 11 de junho de 2019.

Des. Federal *Luiz Carlos Canalli*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene: Adoto a síntese dos fatos processuais produzida no parecer do representante da Procuradoria Regional da República como relatório deste voto. Transcrevo:

“I – FATOS

1.1. Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (eventos 597 e 622 do processo originário), bem como pelas defesas dos réus B.S.P. (eventos 618 do processo originário e 15 do processo relacionado no segundo grau), E.M.M. e M.K. (eventos 600 e 643 do processo originário) e L.P.L.B. (eventos 598

e 623 do processo originário), em face da sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia (evento 578 do processo originário).

1.2. O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face do réu B.S.P. dando-o como incurso nas sanções dos artigos 4º, *caput*, e 5º, ambos da Lei nº 7.492/86, na forma do artigo 69 do Código Penal, e dos réus L.P.L.B., E.M.M., M.K. e J.O.S.M., dando-os como incursos nas sanções do artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, para as quais concorreram (art. 29 do Código Penal), nos seguintes termos (evento 1 do processo originário):

‘Entre 2008 e 2011, nesta capital, o denunciado B.S.P. geriu fraudulentamente instituição financeira, qual seja, a unidade da Caixa Econômica Federal (CEF) localizada no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (PAB TRT4). A ele associaram-se, individualizadamente, em parte dos fatos, os denunciados L.P.L.B., E.M.M., M.K. e J.O.S.M. Ainda com as mesmas condutas, B.S.P. desviou em proveito próprio e alheio valores de que tinha a posse.

A fraude consistiu na realização, por B.S.P., de diversas movimentações em contas de clientes do banco sem a autorização destes, bem como transferência de valores para suas contas e de seus familiares e destas para as de outros clientes, sem observância das normas do banco, muitas vezes sem saldo disponível pelos clientes, a fim de encobrir passivos por ele criados, realização de operações de crédito em favor de familiares seus para seu próprio benefício, bem como outras operações com a concorrência de L.P.L.B., E.M.M., M.K. e J.O.S.M. que beneficiaram estes e a ele próprio, também sem a observância dos atos normativos da instituição, algumas com a prestação de falsas informações. Ainda, com essas movimentações irregulares e as concessões irregulares de crédito, B.S.P. desviou recursos da instituição financeira de que tinha a posse em seu proveito e no de terceiros.

B.S.P. exerceu a função de gerente geral do PAB TRT4 entre 30.06.2008 e 31.05.2011, o que lhe conferia poderes para geri-la. Nessa situação, aproveitou-se do poder de gestão que lhe fora conferido para lograr proveito próprio e de terceiros, em prejuízo da instituição financeira.

1. MOVIMENTAÇÕES IRREGULARES ENTRE CONTAS

As movimentações irregulares de valores envolveram as seguintes contas:

- [omissis] – Titularidade: C.C.P., B.C.P. e I.C.P.
- [omissis] – Titularidade: B.C.P.
- [omissis] – Titularidade: C.C.P.
- [omissis] – Titularidade: I.C.P.
- [omissis] – Titularidade: B.S.P.
- [omissis] – Titularidade: H.L.B. (pessoa jurídica)
- [omissis] – Titularidade: H.L.B.
- [omissis] – Titularidade: EJM Construtora e Incorporadora Ltda.
- [omissis] – Titularidade: E.M.M.
- [omissis] – Titularidade: M.K.
- [omissis] – Titularidade: J.O.S.M.
- [omissis] – Titularidade: G.P.G.
- [omissis] – Titularidade: L.F.G.
- [omissis] – Titularidade: C.A.F.S.
- [omissis] – Titularidade: G.A.F.J.

Entre essas contas, B.S.P. realizou transferências cruzadas diretamente no sistema bancário SIAPV, sem preenchimento de formulários devidos tampouco autorizações formais

dos clientes titulares das contas. Em várias oportunidades, ele executou as transferências sem que houvesse disponibilidade de fundos nas contas, gerando adiantamento a depositantes, excesso sobre limites ou conta acerto, as quais posteriormente B.S.P. regularizava com novas operações fraudulentas, em um procedimento cíclico.

B.S.P. adotou esses procedimentos para eliminar o registro de responsabilidade gerencial no sistema interno da Caixa (SIACN) e evitar o acompanhamento e a cobrança pela instituição a ele, que era o responsável pela movimentação. O sistema interno da CEF utiliza-se de um prazo de 5 dias corridos para os casos que geraram adiantamento a depositante e de 10 dias corridos para os casos que resultaram em excesso sobre limites para que, acaso não regularizada a situação, sejam responsabilizados os gerentes da unidade. B.S.P. observava tais prazos, a fim de evitar a responsabilização pelas fraudes por ele praticadas, movimentando valores entre as contas mencionadas antes de esgotados os prazos.

B.S.P., com esses procedimentos, evitava impacto negativo na avaliação do Sistema de Avaliação da Gestão das Unidades da Rede de Atendimento (AVGESTÃO), que se dava no 7º dia útil, no caso de não regularização do adiantamento a depositante, e no 12º dia útil, no caso de excesso sobre o limite de responsabilidade gerencial.

Durante o período apurado, B.S.P. realizou 619 transferências irregulares entre as contas citadas, em transferências cruzadas entre elas, movimentando quase seis milhões de reais. As movimentações irregulares efetuadas por B.S.P. estão discriminadas na listagem do ev1, out14, p. 14-40, e out15, p. 1-4, e assim agrupadas (relatório conclusivo do ev1, out19, p. 17-21, e ev1, out20, p. 1-10):

– a partir da conta [omissis], de C.C.P., entre 01.04.2009 e 18.04.2011, 153 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 4]

– a partir da conta [omissis], de B.C.P., entre 17.04.2009 e 04.04.2011, 119 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 4]

– a partir da conta [omissis], de C.C.P., entre 29.08.2009 e 14.04.2011, 58 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 5]

– a partir da conta [omissis], de H.L.B., entre 12.01.2010 e 14.04.2011, 24 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 5]

– a partir da conta [omissis], de E.M.M., entre 23.04.2009 e 14.04.2011, 98 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 5]

– a partir da conta [omissis], de J.O.S.M., entre 28.05.2009 e 19.04.2011, 78 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 6]

– a partir da conta [omissis], de M.K., entre 27.11.2009 e 21.12.2010, 37 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 6]

– a partir da conta [omissis], da empresa EJM, entre 05.04.2010 e 14.04.2011, 52 débitos para as contas (valores totais):

[imagem evento 1 – INIC1, p. 6]

B.S.P. realizou todas as transferências acima apontadas, com exceção da transferência de R\$ 36.000,00, em 19.04.2011, da conta [omissis], de J.O.S.M., para a conta [omissis], de E.M.M. Essa transferência foi executada por S.F.M. a pedido de B.S.P.

B.S.P. não possuía autorização de E.M.M. (ev22, depoim testemunha3), de M.K. (ev23, depoim testemunha2), tampouco das demais pessoas para realizar essas transferências.

Em decorrência dessas transferências irregulares, por não haver saldo nas contas de origem, na data de 31.05.2011, as seguintes contas apresentavam saldo devedor por adiantamento a depositantes, excesso sobre limite e/ou CA/CL:

[imagem evento 1 – INICI, p. 7]

Os valores de saldo devedor em tais contas representam os valores que B.S.P. desviou em proveito próprio (para contas suas e de seus familiares) e em proveito de terceiros.

MOVIMENTAÇÕES NA CONTA DE G.P.G.

B.S.P. abriu conta para G.P.G. ([omissis]) em 10.12.2008, e, no dia 12.12.2008, incluiu limite de cheque especial no valor de R\$ 2.800,00 e CDC no valor de R\$ 2.100,00. Para a Avaliação de Cliente no Siric, ele utilizou renda não comprovada de R\$ 2.500,00, sem exigir os documentos complementares recomendados pelo banco, e com isso definiu perfil socioeconômico do cliente não verdadeiro, o que proporcionou aprovar limite de crédito incompatível com a real capacidade de pagamento.

Em 16.12.2008, B.S.P. efetuou TED no valor de R\$ 2.000,00 para conta de G.P.G. em outro banco, vindo a tomar para si a quantia de R\$ 1.000,00 (depoimento do ev22, depoim testemunha2).

Em 19.12.2008, ele realizou três débitos autorizados no total de R\$ 3.415,00 destinados a conta de L.F.G., de modo que a conta de G.P.G. permaneceu com excesso sobre o limite de R\$ 1.128,50. Para regularizar essa situação, em 29.12.2008, B.S.P. efetuou crédito na conta de G.P.G. de R\$ 1.129,00, em contrapartida a débito na conta de investimento, que não possuía aplicações, e depois reverteu a operação em 30.12.2008, voltando a conta corrente a apresentar excesso sobre limite.

Em 27.02.2009, B.S.P. autorizou e autenticou um aviso de débito da conta de G.P.G. no valor de R\$ 15.367,98, depositando R\$ 10.000,00 na conta [omissis] e R\$ 1.800,00 na conta [omissis], ambas de B.C.P., e R\$ 60,00 na conta [omissis], de C.C.P., suas filhas. Esse débito autorizado gerou excesso sobre limite na conta de G.P.G. no valor de R\$ 15.424,54 nesse dia.

Para encobrir tal excesso, B.S.P., em 04.03.2009, efetuou crédito de R\$ 15.370,00 na conta de G.P.G., em contrapartida a débito na conta de investimento, que não possuía aplicações, revertendo a operação no dia 10.03.2009.

Em 09.03.2009, B.S.P. efetuou débito autorizado na conta de L.F.G. ([omissis]), que não possuía saldo, e creditou na conta de G.P.G.

Em 30.03.2009, B.S.P. efetuou nova operação semelhante entre as contas, no valor de R\$ 15.370,00, permanecendo a conta de G.P.G. em excesso.

Após realizar essas operações, B.S.P. procurou G.P.G. para que ele assinasse documentos de autorização delas (ev22, depoim testemunha2).

A conta de G.P.G. foi lançada em CA/CL pelo valor de R\$ 5.012,70 no dia 11.05.2009.

MOVIMENTAÇÕES NA CONTA DE L.F.G.

B.S.P. abriu a conta de poupança [omissis] para L.F.G. em 13.10.2008, na qual foi depositado cheque no valor de R\$ 29.800,00 no dia 14.10.2008. Nesse dia, B.S.P. efetuou

‘crédito autorizado só agência’ no valor de R\$ 8.000,00, o que permitiu a ele realizar um débito autorizado no valor de R\$ 7.798,66.

O cheque de R\$ 29.800,00 foi estornado no dia 15.10.2008, implicando o lançamento em conta acerto do valor de R\$ 7.798,66, que foi regularizado por B.S.P. em 17.10.2008 por um crédito de R\$ 3.678,20 referente a resgate de PREV e dois créditos nos valores de R\$ 585,61 e R\$ 3.534,85, debitados da conta [omissis], de C.A.F.S.

Em 23.12.2008, B.S.P. transferiu R\$ 3.415,00 da conta de L.F.G. para a conta de C.C.P. ([omissis]).

2. OPERAÇÕES DE CRÉDITO IRREGULARES

Além dessas operações irregulares, B.S.P. concedeu, de maneira irregular, os empréstimos e financiamentos a seguir:

[imagem evento 1 – INIC1, p. 9]

2.1 – CONCESSÕES A B.C.P.

B.S.P. fez concessões das operações no quadro acima a B.C.P. com as seguintes irregularidades:

- concessão de Cheque Especial – Pessoa Física e CDC – Crédito Direito CAIXA para parente até 2º grau sem submeter à deliberação do Comitê de Avaliação de Negócios e Renegociação;

- a Avaliação de Risco de Crédito estava condicionada à liquidação do limite de crédito rotativo vinculado à conta [omissis], o que não ocorreu.

2.2 – CONCESSÕES A C.C.P.

Quanto a C.C.P., B.S.P. realizou as seguintes concessões de operações no quadro acima com irregularidades:

- concessão de Cheque Especial – Pessoa Física, CDC e Empréstimo Consignado CAIXA para parente até o 2º grau sem submeter à deliberação do Comitê de Avaliação de Negócios e Renegociação;

- a Avaliação de Risco de Crédito estava condicionada à liquidação do limite de crédito rotativo vinculado à conta [omissis], o que não ocorreu;

- concedeu financiamento imobiliário referente a transação simulada de compra e venda de imóvel entre suas filhas C.C.P. e B.C.P. Ele simulou a compra de um apartamento pertencente a B.C.P., dado em garantia à Caixa em decorrência de financiamento imobiliário pretérito, por C.C.P., concedendo a esta o valor de R\$ 144.000,00 para aquisição do imóvel. B.S.P. liberou e creditou os recursos do financiamento imobiliário [omissis] na conta [omissis] (ev1, out4, p. 63-65), da vendedora B.C.P., em 22.01.2010, data da assinatura do contrato, antes do registro da operação no Cartório de Registro de Imóveis, que se deu somente em 15.02.2011 (ev1, out5, p. 18-20). B.S.P. utilizou-se da simulação para realizar uma espécie de refinanciamento da dívida anteriormente existente com a Caixa, quando da aquisição do imóvel em nome de B.C.P., e utilizar-se do valor concedido por ele próprio para fins outros, que não a aquisição de qualquer imóvel, notadamente para cobrir as dívidas já existentes, que se agravaram com os lançamentos cruzados ciclicamente realizados pelo réu.

2.3 – CONCESSÕES A H.L.B.

Em comunhão de esforços e unidade de desígnios com L.P.L.B., B.S.P. concedeu ao irmão daquele, H.L.B., um empréstimo de R\$ 35.000,00, em 12.04.2010 (cédula do ev1,

out9, p. 3-10, e documento da p. 11), em nome da pessoa jurídica H.L.B., CNPJ [omissis], cujos beneficiários foram eles, L.P.L.B. e B.S.P.

Esse empréstimo foi operacionalizado mediante fraude pelos réus com base em documentos e informações inverídicas e atos irregulares. L.P.L.B. conduziu a operação em nome da empresa H.L.B., ajustado com B.S.P.

Para a concessão do empréstimo, em conluio, os réus B.S.P. e L.P.L.B. utilizaram-se de declaração de faturamento ideologicamente falsa (ev1, out8, p. 37), na qual constam valores que não correspondiam ao real faturamento da empresa e, ainda, um faturamento de R\$ 19.890,00 no mês de janeiro/2010, sendo que a empresa já estava com seu registro cancelado desde 11.01.2010 na Jucergs, por inatividade (ev2, ofic2, p. 1). L.P.L.B. assinou essa declaração na qualidade de contador, em 08.02.2010, e também assinou a declaração de faturamento do ev1, out8, p. 38. Ele tomou as assinaturas de H.L.B. nos documentos necessários para a operação.

B.S.P. preencheu o relatório de visita do ev1, out8, p. 40-41, em 26.02.2010, sem visitar a empresa – que já se encontrava inativa.

Com base nesses documentos, B.S.P. encaminhou o crédito para a necessária aprovação de comitê de crédito (ev1, out8, p. 57), no qual também decidiu pelo deferimento (ev1, out8, p. 58).

Após a liberação do empréstimo, B.S.P. transferiu R\$ 11.000,00 para a conta de L.P.L.B. e R\$ 13.000,00 para a conta de B.C.P., sua filha, e L.P.L.B. administrou o restante dos valores, que permaneceram na conta da empresa, de modo que foram eles dois, B.S.P. e L.P.L.B., os beneficiários finais do empréstimo.

2.4 – CONCESSÕES A E.M.M.

E.M.M., em 22.07.2008, abriu a conta [omissis], por meio de B.S.P. (ev1, out11, p. 23), e solicitou a transferência do depósito do seu salário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região em tal conta (ev1, out11, p. 32). B.S.P. então fez realizar avaliação de risco de cliente em 19.08.2008, em que ela foi reprovada por apresentar um rating “H” no SIAPC, em face de apresentar operações com atraso superior a 180 dias (ev1, out11, p. 34-36). Na avaliação, constou que a cliente baixou 78 ocorrências de restrições cadastrais, das quais 67 eram por emissão de cheques sem fundos.

No dia 17.09.2008, B.S.P. fez realizar nova avaliação no Siric, em que restou aprovado o pacote de relacionamento padrão, vindo a ser contratados cheque especial – pessoa física, CDC e cartão de crédito (ev1, out11, p. 37-38). No dia 09.01.2009, B.S.P. fez realizar nova avaliação no Siric, com a inclusão de uma renda informal de R\$ 550,00 (ev1, out11, p. 42-45), bem como realizou nova avaliação em 11.02.2009, incluindo renda informal de R\$ 1.750,00 (ev1, out11, p. 46-49), tudo com o propósito de aumentar o limite do cheque especial. Em ambas as avaliações, não foram apresentados documentos complementares recomendados para apurar a efetiva existência das rendas informais registradas, o que propiciou a B.S.P. aprovar limite de crédito incompatível com a real capacidade de pagamento.

Com base nessas avaliações, B.S.P. concedeu, e E.M.M. obteve indevidamente, as operações elencadas no quadro acima.

2.5 – CONCESSÕES A J.O.S.M.

J.O.S.M. abriu a conta [omissis] (ev1, out12, p. 45-47), por meio de B.S.P., o qual fez realizar avaliação no Siric com registro de ‘renda comprovada’ de R\$ 2.393,99 (ev1, out13, p. 6-9), quando em seu contracheque a renda era de R\$ 1.593,00 (ev1, out12, p. 48).

Com base nessa avaliação, B.S.P. concedeu, e J.O.S.M. obteve indevidamente, sabedor da renda inserida e não provada, as operações elencadas no quadro acima.

2.6 – CONCESSÕES A M.K.

Em 16.11.2009, M.K. abriu a conta [*omissis*], por meio de B.S.P. (ev1, out2, p. 12-13), apresentando os documentos do ev1, out12, p. 14-16 e 19-20. Entre tais documentos está a Declaração de Renda de 2009, assinada por ela, informando a renda inverídica de R\$ 2.465,00 no mês de outubro/2009.

Com base nesse documento que contemplava a renda de apenas um mês, B.S.P. realizou avaliação no Siric (ev1, out12, p. 21-25).

Com base nessa avaliação, B.S.P. concedeu, e M.K. obteve indevidamente, as operações elencadas no quadro acima.

2.7 – CONCESSÃO A G.A.F.J.

G.A.F.J. abriu a conta [*omissis*] por meio de B.S.P. (ev1, out3, p. 40-41). Ele possuía restrições cadastrais em 28.05.2009, conforme o documento do ev1, out13, p. 45-46.

Apesar dessas restrições, B.S.P. concedeu a operação apontada no quadro acima, sem solicitar a pesquisa no Siric. A única pesquisa no Siric veio a ser realizada em 13.10.2009, após a concessão do crédito.

Por meio de todas essas concessões irregulares, B.S.P. também desviou recursos da instituição financeira de que tinha a posse em proveito próprio e de terceiros.

Com essas ações, B.S.P. descumpriu atos normativos da CEF, conforme apontado no item 7.5 do relatório conclusivo do ev1, out19, p. 17-21, e out20, p. 1-10.

As ações de B.S.P. e dos demais denunciados causaram os danos representados pelos saldos devedores em contas e contratos existentes à época da apuração administrativa dos fatos (item 8.1.4 do relatório conclusivo do ev1, out19, p. 17-21, e ev1, out20, p. 1-10) e cuja situação atual é apontada no ofício do ev48.

Com essas condutas, o denunciado B.S.P. praticou os crimes dos arts. 4º, *caput*, e 5º da Lei nº 7.492/86 (art. 69 do CP), e os denunciados E.M.M., M.K., J.O.S.M. e L.P.B.L. praticaram o delito do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, para o qual concorreram (art. 29 do CP).⁷

1.3. A denúncia foi recebida em 10.10.2014 (evento 3 do processo originário).

1.4. Após regular instrução, sobreveio a sentença de primeiro grau, publicada em 10.11.2017 (evento 578 do processo originário), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o réu B.S.P., como incurso nas sanções do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, à pena privativa de liberdade estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa, à razão de 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente à época da cessação das atividades ilícitas (maio de 2011), atualizados até a data do efetivo pagamento; condenar o réu L.P.L.B., como incurso nas sanções do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, na forma do art. 29 do CP, à pena privativa de liberdade estabelecida em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, à razão de 1/6 (um sexto) do salário mínimo vigente à época da cessação das atividades ilícitas (abril de 2010), atualizados até a data do efetivo pagamento; condenar a ré E.M.M., como incurso nas sanções do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, na forma do art. 29 do CP, à pena privativa de liberdade estabelecida em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, à razão de 1/6 (um sexto) do salário mínimo vigente à época da cessação das atividades

ilícitas (julho de 2009), atualizados até a data do efetivo pagamento; condenar a ré M.K., como incurso nas sanções do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, na forma do art. 29 do CP, à pena privativa de liberdade estabelecida em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época da cessação das atividades ilícitas (novembro de 2009), atualizados até a data do efetivo pagamento; e absolver o réu J.O.S.M. da acusação da prática dos crimes do art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, na forma do art. 29 do CP, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. As penas privativas de liberdade impostas aos réus foram substituídas por prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública e prestação pecuniária de 15 (quinze) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento para o réu B.S.P., de 10 (dez) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento para o réu L.P.L.B., de 5 (cinco) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento para a ré E.M.M. e de 3 (três) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento para a ré M.K.

1.5. O réu B.S.P. opôs embargos de declaração (evento 595 do processo originário), alegando contradição e omissão da sentença. Os embargos declaratórios foram conhecidos e não providos, por entender o magistrado *a quo* que a sentença não possuía contradição nem omissão, ressaltando ainda que os embargos pretendiam a reforma do julgado, devendo ser deduzidos pela via apropriada (evento 604 do processo originário).

1.6. Inconformados com a decisão de mérito, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as defesas dos réus L.P.L.B., E.M.M. e M.K. e B.S.P. interpuseram recursos de apelação (eventos 597, 598, 600 e 618 do processo originário, respectivamente).

1.7. Em suas razões de apelo (evento 622 do processo originário), o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, quanto ao réu B.S.P., sustenta que: (a) os conhecimentos tidos pelo réu em relação às rotinas e aos instrumentos operacionais do banco eram maiores que aqueles de grande parte dos funcionários da instituição, de forma que sua consciência da ilicitude da conduta é maior, sendo dele exigido um comportamento diverso, exatamente no sentido de efetuar as operações bancárias em conformidade com os normativos da instituição e também exigir o mesmo de seus subordinados, não se podendo valorar como normal a sua culpabilidade; (b) tratando-se o tipo penal do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 de delito cujas penas variam entre três e doze anos, a valoração de cada circunstância negatizada na primeira fase da dosimetria da pena deve ser superior aos 7 meses e 15 dias estipulados pelo magistrado *a quo*; (c) a declaração do acusado no sentido de que teria efetuado as movimentações entre as contas enumeradas na denúncia, mas que, no entanto, todas as transferências haviam sido feitas com autorização dos correntistas não é uma confissão propriamente dita, pois B.S.P. tentou afastar o caráter de ilicitude penal procurando narrar sua conduta do ponto de vista de uma infração administrativa, de forma que a atenuante da confissão espontânea não deve ser reconhecida ou, subsidiariamente, se conhecida, o *quantum* calculado a título de confissão parcial espontânea pelo magistrado *a quo* (3 meses) deve ser reduzido a, no máximo, um mês, devido à mínima relevância daquilo que fora admitido pelo denunciado; (d) sendo readequada a pena definitiva em função das alegações anteriores, deverá ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como deverá ser proporcionalmente elevada a pena de multa; (e) a pena de prestação pecuniária estipulada deve guardar relação com a dimensão econômica do delito e a situação financeira do condenado, de forma que, tendo o réu movimentado aproximadamente R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) e possuindo casa própria no valor aproximado de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o valor estipulado a título de prestação pecuniária (15 salários

mínimos) em sentença deve ser aumentado; (f) o réu, em determinados atos, agia, para além de gerir de modo fraudulento a instituição, beneficiando a si ou a terceiros com valores de que tinha a posse, agindo com desígnio diverso da mera gestão com fraude, o que afasta a consunção do artigo 5º pelo artigo 4º, ambos da Lei nº 7.492/86, de forma que deve o réu ser condenado pela prática do crime do artigo 5º, em concurso formal com o tipo do artigo 4º, *caput*. Quanto ao réu L.P.L.B., sustenta que: (a) tratando-se o tipo penal do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 de delito cujas penas variam entre três e doze anos, a valoração de cada circunstância negativada na primeira fase da dosimetria da pena deve ser superior aos 6 meses estipulados pelo magistrado *a quo*; (b) ainda que nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional o sujeito passivo seja a União, o réu obteve, por meio de documentos falsificados, empréstimo em nome de seu irmão H.L.B., de forma que este é sujeito passivo indireto do delito cometido, devendo, portanto, ser reconhecida a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea e, do Código Penal; (c) sendo readequada a pena definitiva em função das alegações anteriores, deverá ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como deverá ser proporcionalmente elevada a pena de multa. Quanto às rés E.M.M. e M.K., sustenta que, tratando-se o tipo penal do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 de delito cujas penas variam entre três e doze anos, a valoração de cada circunstância negativada na primeira fase da dosimetria da pena deve ser superior aos 6 meses estipulados pelo magistrado *a quo*. Quanto ao réu J.O.S.M., sustenta que o réu foi beneficiado por B.S.P. ao obter dois contratos de empréstimo sem apresentar a comprovação de renda necessária, na medida em que seu contracheque apresentava o valor de R\$ 1.593,00 e obteve renda aprovada no valor de R\$ 2.393,99, utilizando-se de contrato de aluguel ideologicamente falsificado no valor de R\$ 800,00 para abrir a conta na CEF e, conseqüentemente, ser favorecido nas transações realizadas por B.S.P., de forma que mereceria reforma a sentença apelada no sentido de condenar o réu J.O.S.M. pelo delito previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.

1.8. Em suas razões de apelo (evento 623 do processo originário), a defesa do réu L.P.L.B. sustenta: (a) não ter havido fraude na obtenção do empréstimo, porquanto a empresa H.L.B. estaria ativa, bem como teria preenchido e assinado a declaração de faturamento da referida empresa com base em informações que lhe teriam sido prestadas por seu irmão H.L.B., de forma que, tendo sido o crédito concedido por deliberação do Comitê de Crédito da agência, não haveria irregularidades na contratação. Refere que o depoimento prestado em juízo por seu irmão H.L.B. não seria suficiente para embasar um juízo condenatório, porquanto o contrato fora firmado em seu nome, de forma que estaria tentando se esquivar de quaisquer responsabilidades; (b) a inépcia da denúncia, uma vez que o artigo 4º da Lei nº 7.492/86 se refere a delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, não possuindo o apelante quaisquer poderes de gerência ou direção frente à instituição financeira ora em análise, tratando-se, portanto, de crime impossível. Por fim, subsidiariamente, requer que seja a pena privativa de liberdade estabelecida no mínimo legal e que a pena de prestação pecuniária seja fixada no patamar de 5 (cinco) salários mínimos.

1.9. Em suas razões de apelo (evento 643 do processo originário), a defesa das rés E.M.M. e M.K. sustenta: (a) que a participação da ré M.K. se limitou à apresentação de documentos possivelmente forjados com a intenção de aumentar o limite de crédito da sua conta, não tendo a recorrente participado de qualquer movimentação entre contas, tampouco se apropriado indevidamente de quaisquer valores, de forma que não restou demonstrada a materialidade em relação a ela; (b) que a recorrente M.K. nunca assinou documento que autorizasse as transações referidas na exordial acusatória, não estando caracterizada a autoria delitiva; (c) que os fatos em análise tratam de crime impossível, porquanto a ré M.K. não

possui poderes de gerência ou direção frente à instituição financeira ora em análise; (d) que a ré E.M.M. renegociou os empréstimos na agência da CEF – TRT 4ª Região devido ao seu bom relacionamento com o gerente B.S.P., não se tratando de fraude. Subsidiariamente, requer que sejam as penas das apelantes fixadas no mínimo legal, bem como que sejam minoradas as penas de prestação pecuniária estabelecidas.

1.10. Em suas razões de apelo (evento 15), a defesa do réu B.S.P. sustenta: (a) preliminarmente, a nulidade relativa do feito, uma vez que houve cerceamento de defesa ao réu diante do indeferimento do seu pedido de perícia contábil nos contratos, nas movimentações e nos extratos que envolvem o presente feito; (b) que o processo administrativo disciplinar que baseou a imputação foi irregular, correndo à revelia e sem defesa técnica, não comprovando o recebimento de qualquer vantagem indevida por parte do acusado; (c) que todos os atos do réu enquanto gerente de agência foram praticados com a ciência dos correntistas e mediante pedido deles, inexistindo artificialidade em qualquer das operações; (d) que a acusação não aponta com precisão quais foram as operações ilegais, sua quantidade, os valores movimentados e a origem e o destino das quantias; (e) que o montante alegadamente movimentado foi indevidamente contabilizado, sendo os valores reais consideravelmente menores; (f) que não existiu qualquer tipo de ato atentatório à instituição financeira ou ao seu patrimônio, tampouco intenção de enriquecimento sem causa ou que pudesse transcender a boa-fé, destacando que a maioria das operações descritas estão liquidadas ou em execução judicial, conforme demonstrativo fornecido pela Caixa Econômica Federal nos autos de ação civil pública, não se podendo falar em dano ao erário ou enriquecimento ilícito; (g) que a operação de antecipação a depositante não é ilegal, sendo aceita pela instituição financeira e constituindo prática contumaz entre os agentes gerenciais; (h) que todas as ações do gerente são monitoradas pela área administrativa da Superintendência de Vinculação da unidade, não se podendo cogitar que a movimentação de valores descrita não tivesse sido apontada pelos órgãos internos de controle da Caixa Econômica Federal; (i) que houve cerceamento de defesa no indeferimento da prova pericial postulada, uma vez que os valores apurados pela instituição financeira não condizem com a verdade real e incluem juros remuneratórios, taxas administrativas e tributos de movimentação financeira, sendo necessária a comprovação da origem e do destino dos valores movimentados, de modo que se possa avaliar a responsabilidade dos acusados com segurança, não com base em provas de expediente interno, como é o procedimento administrativo disciplinar; (j) que o réu teve de fazer um depósito de cobertura no valor de R\$ 29.400,00 (vinte e nove mil e quatrocentos reais) na conta nº [omissis], de titularidade de L.F.G. e CIA LTDA., em razão de débito autorizado no dia 23 de junho de 2008, no valor de R\$ 29.133,00 (vinte e nove mil, cento e trinta e três reais), de forma que, a fim de evitar ação de regresso, operou informalmente tentativas de composição amigável, desencadeando nas operações que a acusação julga nebulosas; (k) que o valor de R\$ 1.000,00 pago ao réu por G.P.G., cunhado de L.F.G., foi feito em abatimento ao depósito de cobertura realizado pelo apelante; (l) que não há prova do dolo do réu em querer prejudicar a instituição financeira ou enriquecer ilicitamente, asseverando que jamais lhe passou pela consciência que incorreria em crime ou atentando contra a própria carreira; (m) que jamais houve apontamento, orientação ou aconselhamento por parte das instâncias superiores da instituição quanto às transações protagonizadas pelo réu, o que denota que eventual prática de crime ocorreu em erro de proibição; (n) que as atitudes do réu foram impulsionadas pela política interna da instituição financeira, com o conhecimento e o incentivo de seus superiores hierárquicos, razão pela qual não caracterizam crime. Postula,

por fim, a absolvição do acusado, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e por aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

1.11. Com contrarrazões recursais pelas defesas dos réus E.M.M., M.K., J.O.S.M., L.P.L.B. e B.S.P. pugnando pelo desprovimento do recurso do Ministério Público Federal (eventos 644, 650 e 655 do processo originário), bem como contrarrazões recursais pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pugnando pelo desprovimento dos recursos de E.M.M, M.K. e L.P.L.B. (evento 646 do processo originário), vieram os autos conclusos a esta Procuradoria Regional da República para oferecimento de parecer, cumprindo notar que, como o acusado B.S.P. utilizou-se da faculdade do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal, este parecer ministerial supre a ausência de contrarrazões da acusação em relação a esse réu, conforme jurisprudência desta Corte.

1.12. Em síntese:

Data dos fatos: entre 2008 e 2011.

Denúncia recebida em 10.10.2014.

Sentença condenatória publicada em 10.11.2017.”

Neste Tribunal, o i. Procurador Regional da República Adriano Augusto Silvestrin Guedes, *evento 29 – PARECER I*, opina pelo “parcial provimento do recurso de apelação do Ministério Público Federal, a fim de que seja negativada a circunstância judicial da ‘culpabilidade’ quando da dosimetria da pena do réu B.S.P., com a consequente readequação da sua pena privativa de liberdade e da sua pena de multa, para que seja afastado o princípio da consunção, devendo o réu B.S.P. ser condenado também pelo delito previsto no art. 5º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, em concurso formal impróprio com o tipo do art. 4º, *caput*, da mesma lei, e pelo desprovimento dos demais recursos de apelação”.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Bianca Georgia Cruz Arenhart: Trata-se de apelações versando sobre os delitos dos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/86.

Cabem, de início, algumas considerações acerca dos delitos de gestão fraudulenta e de apropriação:

“Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.”

Segundo a doutrina de *Baltazar Júnior* (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 620-621), é “crime próprio, que somente pode ser praticado pelas pessoas elencadas no art. 25 da LCSFN”, em cujo conceito se incluem, dentre outros, “o ge-

rente de agência (TRF4, AC 20010401004003-5, Hirose, DJ 01.06.2005)”, cuja circunstância de caráter pessoal se comunica aos coautores, “sejam eles empregados da instituição financeira (TRF2, AC 1995101030158-6, Cisne, 1ª TE, u., 15.08.2007), sejam mesmo particulares, uma vez que a qualidade de administrador é elementar do delito (STF, HC 89.364, Barbosa, 2ª T., u., 23.10.2007; STJ, REsp 575.684, Carvalhido, 6ª T., m., 04.10.2005; TRF1, AC 19990100010905-4, Ribeiro, 4ª T., u., 18.07.2006; TRF4, AC 20030401030590-8, Élcio, 8ª T., m., 06.12.2006; TRF4, AC 20030401026422-0, Hirose, 7ª T., u., 14.08.2007)”.

Segundo o mesmo doutrinador (p. 622),

“gerir fraudulentamente, então, é administrar com má-fé, de forma dirigida ao engano de terceiros, sejam eles sócios, sejam empregados, investidores, clientes ou a fiscalização. (...) por gestão fraudulenta pode ser entendida aquela ‘em que o administrador utiliza, continuada e habitualmente, na condução dos negócios sociais, artifícios, ardis ou estratégia para pôr em erro outros administradores da instituição ou seus clientes’ (TRF3, HC 98.03.091133-9, Lima, 1ª T., m., 04.05.1999).”

O delito “é formal e de perigo, sendo desnecessária a efetiva ocorrência de dano ou outro resultado material externo à conduta do agente para sua consumação, cujo tipo subjetivo é o dolo, entendido como a vontade livre e consciente de praticar atos fraudulentos, sendo desnecessário qualquer outro elemento subjetivo do tipo, como a vontade de causar prejuízo” (p. 629).

“Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito.”

O bem jurídico tutelado por esse tipo penal é a confiança dos negócios ou das transações praticados no SFN, além do patrimônio dos investidores que possam ser prejudicados com a apropriação, o desvio ou a negociação de seus bens ou valores pelas instituições financeiras. Já o objeto material do delito encontra-se descrito no *caput* do artigo e em seu parágrafo único – dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que o agente tenha a posse.

Os verbos nucleares do tipo estão delineados como apropriar-se (to-

mar como próprio, apossar-se, apoderar-se) ou *desviar (dar destinação diversa, desencaminhar) dinheiro, título e outros bens móveis em proveito próprio ou alheio*. Para a caracterização do delito, faz-se necessário que a coisa tenha sido entregue licitamente para administrar. O tipo subjetivo é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente do agente de apropriar-se de ou desviar dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tenha a posse. A consumação ocorre quando há a efetiva apropriação ou o efetivo desvio dos bens móveis constantes do tipo.

Luiz Régis Prado, em sua obra *Direito Penal Econômico* (São Paulo: RT, 2004. p. 238-9), ensina que:

“A conduta típica prevista consiste em apropriar-se (tomar como propriedade, tornar próprio, apossar-se, apoderar-se) de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que o agente tem a posse, ou desviar (afastar, deslocar, desencaminhar, alterar a aplicação, dar destinação diversa a) tais objetos em proveito próprio ou alheio (art. 5º, *caput*). Contudo, para a configuração do delito, é necessário que a coisa se encontre licitamente em seu poder. (...) Ademais, é *conditio sine qua non* para o reconhecimento do delito a preexistência da posse, legitimamente exercida, porque é uma característica inerente ao mencionado crime.”

Rodolfo Tigre Maia, em obra intitulada *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional* (São Paulo: Malheiros, 1999. p. 66), em que examina o aludido dispositivo legal, salienta que “o tipo subjetivo é o dolo, sob a forma clássica do *animus rem sibi habendi* na primeira figura, e, genericamente, vontade livre e consciente de apropriar-se ou desviar bem móvel (...)”.

Como sujeito passivo, tem-se o Estado, o mercado financeiro, aí incluídos os investidores/poupadores lesados. Por sua vez, o sujeito ativo do delito está relacionado no art. 25 da Lei nº 7.492/86, cuja redação é a seguinte:

“São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico.”

Ou seja, o crime é próprio, pois só pode ser cometido por controladores, administradores de instituição financeira (diretores e gerentes) e aqueles a que são equiparados (interventor, liquidante e síndico).

Pois bem.

Em que pese a materialidade seja objeto de controvérsia, sob diferentes enfoques, nas apelações apresentadas e que serão analisadas de maneira desdobrada, desde já transporto para este voto o trecho da sentença que evidencia a prova material dos delitos:

“Início por anotar que a *materialidade* desses fatos se encontra evidente nos extratos das referidas contas bancárias (IPL, e. 1, OUT14, p. 14 e seguintes, bem como IPL, e. 1, OUT15, p. 1-4) e nos relatórios ‘LTEA’ (IPL, e. 1, OUT17, p. 18, a OUT19, p. 15) constantes do Processo Administrativo Disciplinar nº RS.4017.2011.A.000117, que comprovam a realização de transferências cruzadas entre as contas bancárias supracitadas e discriminam os valores envolvidos.

Conforme relatório conclusivo elaborado no PAD (IPL, e. 1, OUT19, p. 20 e ss.), as transferências podem ser assim agrupadas e sistematizadas:

‘7.2.2.1. No período de 01.04.2009 a 18.04.2011, foram efetuados 153 débitos na conta [omissis], de C.C.P., e/ou transferido o montante de R\$ 912.734,35 (fl. 734) para as seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	B.S.P.	5.320,00
[omissis]	B.C.P.	150,00
[omissis]	C.C.P.	150,00
[omissis]	B.C.P.	523.429,80
[omissis]	C.C.P.	285.156,12
[omissis]	I.C.P.	72.663,46
[omissis]	A.P.A.	2.500,00
[omissis]	B.S.P.	23.364,97
Total		912.734,35

7.2.2.2. No período de 17.04.2009 a 04.04.2011, foram efetuados 119 débitos na conta [omissis], de B.C.P., no montante de R\$ 698.489,97 (fl. 734), cujo destino foram créditos nas seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	A.P.A.	1.500,00
[omissis]	B.S.P.	14.000,00
[omissis]	C.C.P.	1.039,80
[omissis]	P.D.P.J.	500,00
[omissis]	B.S.P.	240,00
[omissis]	E.M.M.	40.000,00
[omissis]	C.C.P.	473.170,17
[omissis]	C.C.P.	140.550,00
[omissis]	I.C.P.	12.550,00
[omissis]	B.S.P.	14.940,00
Total		698.489,97

7.2.2.3. No período de 29.08.2009 a 14.04.2011, foram efetuados 58 débitos na conta [omissis], de C.C.P., transferindo o montante de R\$ 467.381,91 (fl. 734) para as seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	B.S.P.	12.850,00
[omissis]	P.D.P.J.	1.300,00
[omissis]	B.S.P.	650,00
[omissis]	E.M.M.	30.000,00
[omissis]	C.C.P.	408.171,91
[omissis]	B.C.P.	600,00
[omissis]	I.C.P.	1.800,00
[omissis]	B.S.P.	11.390,00
[omissis]	H.L.B.	620,00
Total		467.381,91

7.2.2.4. No período de 12.01.2010 a 14.04.2011, foram efetuados 24 débitos na conta [omissis], de H.L.B., no montante de R\$ 135.294,00 (fl. 735), cujo destino foram créditos nas seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	C.D. e/ou L.P.L.B.	11.600,00
[omissis]	B.C.P.	13.000,00
[omissis]	H.L.B.	110.694,00
Total		135.294,00

7.2.2.5. No período de 23.04.2009 a 14.04.2011, foram efetuados 98 débitos na conta [omissis], de E.M.M., transferindo o montante de R\$ 939.211,74 (fl. 736) para as seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	E.A.P.J.	408.316,32
[omissis]	A.S.V.	4.370,55
[omissis]	M.T.O.F.	624,80
[omissis]	I.C.P.	4.000,00
[omissis]	J.O.S.M.	350.560,00
[omissis]	M.J.S.C.	2.468,75
[omissis]	M.K.	23.300,00
[omissis]	EJM Construtora e Incorporadora Ltda.	140.250,00
[omissis]	M.J.S.C.	5.321,32
Total		939.211,74

7.2.2.6. No período de 28.05.2009 a 19.04.2011, foram efetuados 78 débitos na conta [omissis], titulada por J.O.S.M., que totalizaram R\$ 1.267.582,00 (fl. 736), cujo destino foram créditos nas seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	E.A.P.J.	176.910,00
[omissis]	E.M.M.	270.161,00
[omissis]	B.C.P.	2.000,00
[omissis]	C.C.P.	48.950,00
[omissis]	M.K.	262.084,00
[omissis]	EJM Construtora e Incorporadora Ltda.	507.477,00
Total		1.267.582,00

7.2.2.7. No período de 27.11.2009 a 21.12.2010, foram efetuados 37 débitos na conta [omissis], de M.K., transferindo o montante de R\$ 597.574,96 (fl. 736) para as seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	E.A.P.J.	14.808,00
[omissis]	E.M.M.	50.876,96
[omissis]	C.C.P.	5.000,00
[omissis]	C.C.P.	22.000,00
[omissis]	J.O.S.M.	272.570,00
[omissis]	EJM Construtora e Incorporadora Ltda.	232.320,00
Total		597.574,96

7.2.2.8. No período de 05.04.2010 a 14.04.2011, foram efetuados 52 débitos na conta [omissis], da empresa EJM, que totalizaram R\$ 922.883,63 (fl. 737), cujo destino foram as seguintes contas:

Conta	Titular	Valor (R\$)
[omissis]	E.A.P.J.	23.250,39
[omissis]	A.S.V.	1.092,78
[omissis]	E.M.M.	131.237,16
[omissis]	J.O.S.M.	523.726,00
[omissis]	M.K.	243.577,30
Total		922.883,63

(...)

Em relação às movimentações supracitadas, a comissão apuradora da CAIXA também concluiu que muitas ocorreram a partir de contas sem disponibilidade de fundos, e tinham

o propósito de eliminar o registro de responsabilidade gerencial no SIACN e evitar o impacto negativo na avaliação da unidade no AVGESTÃO. Além disso, ‘também serviram para *liberação de recursos financeiros sem o amparo de instrumento contratual, sem garantias e sem análise de risco de crédito* a clientes que, na sua maioria, não apresentavam as condições para obtenção de empréstimos/financiamentos ou margem para a elevação de limite de crédito’ (IPL, e. 1, OUT20, p. 1). Foi também apurado ‘*que todas as transferências mencionadas neste relatório conclusivo foram efetuadas pelo empregado B.S.P., à exceção do valor de R\$ 36.000,00, cuja transferência foi realizada por outro empregado, porém, a pedido do arrolado, conforme informou em depoimento (...), e que ‘dez contas permanecem com saldos devedores – adiantamento a depositantes, excesso sobre limite e/ou CA/CL –, em decorrência das transferências efetuadas entre contas sem existência de saldo na conta de origem*’ (e. 1, OUT20, p. 2).”

Passo ao exame de cada uma das apelações interpostas.

Apelação de B.S.P.

Preliminar – cerceamento de defesa

É inócurrenente a alegada nulidade por cerceamento de defesa, em face da não realização de perícia contábil para apurar se os valores apontados na denúncia condizem com a verdade.

Na linha das razões do parecer do representante da Procuradoria Regional da República atuante nesta instância, que adoto como razões de decidir, não se verifica situação de cerceamento de defesa.

Colaciono o pertinente trecho do parecer:

“3.8. Primeiramente, a alegação de inépcia da denúncia sequer pode ser conhecida nesta fase, pois ‘a superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal’ (AgRg no AREsp 537.770/SP, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18.08.2015).

3.9. Ademais, determina o Código de Processo Penal, em seu artigo 41, que ‘a denúncia ou queixa conterà 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’. Especificamente sobre a exposição do fato criminoso, é a orientação da doutrina, *in litteris*:

‘A preocupação é com a descrição completa do fato, com a inclusão de todas as elementares do tipo, bem como de suas circunstâncias. É exatamente a descrição completa da imputação penal que permitirá o mais amplo exercício da defesa, a partir do conhecimento, particularmente pela defesa técnica – advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil –, das possíveis consequências criminais resultantes do acolhimento da peça acusatória.’¹

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 112.

3.10. Depreende-se, portanto, que o requisito primordial da peça acusatória é a descrição do modo como ocorreram os fatos, isto é, a presença, na narrativa formulada na exordial, de todas as elementares do tipo e eventuais circunstâncias, tudo com vista à plena compreensão, pela defesa técnica, da imputação feita ao acusado e das consequências jurídicas que podem dela decorrer.

3.11. Daí por que não se pode taxar de inepta a denúncia que permite à defesa elaborar um contraponto específico e bem delineado, pois, nessas hipóteses, é notório que a inicial acusatória cumpriu seu dever de transmitir ao defensor exatamente o que imputa ao réu.

3.12. *In casu*, a compreensão, pela defesa, dos fatos narrados na exordial é indiscutível, como se depreende do modo como foram refutadas as acusações durante o transcurso do processo.”

É descabida a comparação entre o valor em cobrança na ação civil pública e os valores constantes na p. 9 da denúncia.

O valor do prejuízo apontado na denúncia, marcadamente composto por limites de cheque especial concedidos e impagos e por inconformidades em contratos, não se confunde com o montante de valores que circularam entre as contas dos réus e de terceiros.

As triangulações cruzadas, a multiplicidade delas, movimentaram montante expressivo, que não pode ser confundido com o apontado dano causado pelas condutas.

Afasto a preliminar.

Mérito

O delito de gestão fraudulenta é formal e de perigo abstrato. A tese de que as operações foram realizadas, todas elas, com autorizações dos clientes não é confortada pela prova dos autos.

A propósito, colaciono o trecho da sentença no qual tal aspecto foi detida e adequadamente examinado pelo juízo *a quo*:

“Ademais, a versão do réu de que todas as transferências foram autorizadas pelos clientes da instituição financeira restou isolada nos autos, além de ser incoerente em relação às declarações anteriores do próprio acusado. Veja-se que B.S.P., ao ser ouvido pela primeira vez no procedimento administrativo da CAIXA, assegurou que suas filhas e sua esposa nada sabiam a respeito das movimentações efetuadas em suas contas bancárias. Em seu segundo depoimento no PAD, passou a dizer que todos os atos que praticou foram feitos com conhecimento dos clientes. No inquérito policial, B.S.P. voltou a dizer que C.C.P., B.C.P. e I.C.P. não tinham ciência das movimentações financeiras e, em juízo, afirmou que todas as operações foram autorizadas, inclusive as das filhas, cujas autorizações foram entregues no PAB. A contradição dificulta dar crédito à versão defensiva, especialmente considerando que tais autorizações não foram acostadas pela defesa aos autos.

Não bastasse isso, E.M.M., J.O.S.M. e M.K. afirmaram não ter autorizado quaisquer das transferências, e não foi juntado pelo réu ou por sua defesa técnica qualquer documento demonstrando que as movimentações foram autorizadas. A prova, aliás, demonstra que

o réu procurou autorização apenas após a instauração do procedimento administrativo disciplinar que culminou na sua demissão, conforme relatado em juízo pela testemunha R.C. e por G.P.G. em sede policial, cujas declarações serão analisadas no próximo tópico. Acrescento que B.S.P. não indicou motivo para que os corréus ou as testemunhas ouvidas em juízo quisessem prejudicá-lo, inexistindo elementos que permitam inquirir de dúvida suas declarações. Tampouco foram produzidos elementos de prova a demonstrar a falsidade das conclusões da comissão apuratória do PAD ou a irregularidade no procedimento administrativo disciplinar, restando claro que o réu não foi revel e sendo certo que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição, conforme enunciado da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal.”

Como se disse, o delito é formal, prescinde da existência/demonstração de dano ou enriquecimento sem causa.

A argumentação defensiva quanto aos danos, a extensão deles, é matéria própria da ação de improbidade, que, segundo notícia a defesa técnica do réu, está em curso.

Por isso, descabem considerações acerca do *quantum* em cobrança nos autos da ação de improbidade.

Reputo suficiente, para os fins de apreciação da tese defensiva, recordar que o relatório conclusivo da CEF, constante do *evento 1 – OUT19*, p. 17-21, e do *evento 1 – OUT20*, p. 1-16, ambos dos autos do IPL 5029509.59.2012.4.04.7100, apontou que os danos gerados com as condutas praticadas importaram no montante de R\$ 260.780,77 (saldos devedores impagos de concessões de cheque especial) e em inconformidades em contratos, geradores de saldo devedor no montante de R\$ 105.385,76, ambos os valores com *posição de 03.06.2011*.

Não passa despercebido desta relatoria, com base no documento do *evento 48 – OFICI* dos autos do IPL, datado de 08.07.2014, que a CEF, ao informar ao juízo de primeiro grau a posição dos contratos antes referidos, atestou que os sete contratos relativos ao núcleo familiar do réu apelante se encontravam *quitados*, em datas de *31.10.2011* (conta [omissis]); *24.09.2012* (contratos [omissis], [omissis] e [omissis]); e *20.06.2014* (conta [omissis] e contratos [omissis] e [omissis]), consignando, ainda, que *não foram apuradas outras irregularidades em contas correntes e/ou contratos que tenham sido atribuídas a B.S.P., além das especificadas no relatório conclusivo do processo RS 4017.2011.A.000117*.

Sem embargo disso, os demais contratos de concessão de cheque especial e as demais inconformidades em contratos alusivos a não inte-

grantes do núcleo familiar do apelante B.S.P. que também compuseram o valor dos danos apontados pelo parecer conclusivo da CEF que são a base destes autos, relativos a pessoas físicas e jurídicas envolvidas com os fatos narrados na denúncia, encontravam-se com saldo devedor atualizado de R\$ 3.503.223,75 (atualização dos limites de cheque especial impagos) e de R\$ 176.757,05 (atualização dos valores das inconformidades).

Não se apresenta pertinente estabelecer vínculo de comparação ou discutir tais valores com cifras eventualmente em discussão nos autos da aludida ação de improbidade.

No que diz com a operação de antecipação a depositantes, conforme exsurge da instrução, é instrumento de auxílio à gestão da instituição financeira para que o gestor decida, na hora da compensação, por exemplo, do próprio réu, se acata ou não um cheque de um cliente que não disponha de suficiente saldo em conta corrente para cobertura da ordem de pagamento emitida. Nesse sentido, a possibilidade de o gerente da agência acatar o cheque, sob risco próprio, implica a colocação do valor excedido em “adiantamento a depositantes”, dispondo então o gerente do prazo institucionalmente previsto no regulamento da CEF para regularizar a pendência. E foi o manejo irregular desse instrumento uma das formas de materialização da gestão fraudulenta, dentre outras, a de *utilizar o adiantamento a depositantes como modalidade de empréstimo, beneficiando inclusive pessoas do seu grupo familiar (evento 1 – OUT20, p. 7 do IPL)*.

A operação envolvendo o réu e os irmãos L.P.L.B. e H.L.B., ao contrário do que sustenta o apelante, não obteve explicação satisfatória.

Veja-se o que, no ponto, concluiu o juízo de primeiro grau:

“Segundo a denúncia, B.S.P., agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios com L.P.L.B., concedeu a H.L.B. (irmão de L.P.L.B.) um empréstimo de R\$ 35.000,00 em 12.04.2010, por meio da empresa H.L.B. Os beneficiários do crédito foram L.P.L.B. e B.S.P., que conduziram a operação mediante fraude documental, informações inverídicas e atos irregulares.

Conforme a narrativa, B.S.P. e L.P.L.B. utilizaram-se de declaração de faturamento ideologicamente falsa, cujos valores não correspondiam ao real faturamento da empresa H.L.B. L.P.L.B. assinou tal declaração na qualidade de contador, e também a declaração de faturamento fiscal, bem como tomou as assinaturas de H.L.B. nos documentos necessários para a operação. B.S.P. preencheu relatório de visita, em 26.02.2010, sem visitar a empresa, que estava com o registro cancelado desde 11.01.2010 por inatividade. Com base em tais

documentos, B.S.P. encaminhou a proposta para aprovação de comitê de crédito, no qual também decidiu pelo deferimento.

Após a liberação do crédito, B.S.P. transferiu R\$ 11.000,00 para a conta de L.P.L.B. e R\$ 13.000,00 para a conta de B.C.P., enquanto L.P.L.B. administrou o restante dos valores que permaneceram na conta da empresa, de modo a serem ele e B.S.P. os beneficiários finais do empréstimo.

(...)

O réu B.S.P., da mesma forma, apresentou mais de uma versão para os fatos envolvendo o empréstimo concedido a H.L.B., opostas ao relato de L.P.L.B.

Na primeira oportunidade em que ouvido no processo administrativo disciplinar da Caixa Econômica Federal, em 11.05.2011, afirmou que as contas pessoa física e jurídica de H.L.B. foram abertas no PAB em razão de ter sido procurado por L.P.L.B., *'seu conhecido da época em que era gerente na agência Praça da Alfândega'*. Pediu que o colega S.M., da agência Menino Deus, efetuasse a avaliação da empresa no Siric, por não se considerar em condições de realizar a avaliação de crédito. Afirmou que *'L.P.L.B. informou que H.L.B. necessitava de um crédito de R\$ 20.000,00 para expandir o negócio que estava começando e pretendia entrar no mercado de Porto Alegre; que L.P.L.B. ofereceu emprestar ao depoente o valor do empréstimo que excedesse os R\$ 20.000,00'*. Afirmou ter ficado surpreso com a oferta, referindo que L.P.L.B. disse ter tomado conhecimento de sua situação financeira em razão do tamanho das instalações do PAB, no qual *'ninguém pode esconder nada e que todo mundo sabia da vida dos outros'*. Disse ter aceitado o empréstimo, com a condição de pagar o percentual correspondente da parcela mensal. Explicou que o empréstimo no valor de R\$ 35.000,00 foi creditado na conta [omissis] e posteriormente transferido para a conta [omissis], da qual, na data de 26.04.2010, foi transferido o valor de R\$ 13.000,00 para a conta [omissis], de B.C.P., de modo que não transitasse em sua própria conta bancária (IPL, e. 1, OUT3, p. 23). Ouvido novamente no PAD em 23.05.2011, acrescentou *'não ter certeza se colheu as assinaturas de H.L.B. nos contratos dentro do PAB TRT ou se entregou esses documentos para L.P.L.B. colher as assinaturas'*, bem como admitiu que *'não efetuou visita para a empresa H.L.B. na cidade de Cristal/RS'*, afirmando que apenas visitara o escritório de contabilidade de L.P.L.B. em Porto Alegre. Disse, ainda, que L.P.L.B. sempre acompanhava o irmão nas duas ou três vezes em que este esteve no PAB, mas nunca apresentou procuração que lhe desse poderes de representação (IPL, e. 1, OUT17, p. 16).

Inquirido em sede policial, B.S.P. manteve essa versão. Acrescentou que orientara L.P.L.B. a procurar outra agência da CAIXA para obter o empréstimo, pois o PAB *'não tinha condições de realizar atendimentos a pessoas jurídicas'*, advertindo-o de que teria de mandar a operação a outra agência, o que acabaria por atrasar sua conclusão. Disse que L.P.L.B. insistiu em contratar a operação pelo PAB, em função de já conhecê-lo. Assegurou que sua única função foi a de *'receber a documentação apresentada por L.P.L.B. e fazer a inclusão dos dados cadastrais da pessoa jurídica no sistema Siric'*, encaminhando posteriormente a pasta com o dossiê do cliente à agência Menino Deus, que fez a avaliação e a liberação do crédito. Disse ter visto H.L.B. em apenas três oportunidades: na abertura da conta, na entrega dos documentos e na assinatura do contrato. Referiu ter comunicado L.P.L.B. da liberação do crédito, tendo ele afirmado *'que teria destinação imediata para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), porém pretendia utilizar todo o crédito concedido'*. Explicou que o sistema automaticamente liberara um crédito de R\$ 40.000,00, mas, por sua experiência como gerente, optou por liberar

R\$ 35.000,00, sugerindo a L.P.L.B. que deixasse o restante como margem para renegociação de eventual dívida. Afirmou que *‘L.P.L.B. efetuou o saque de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) na forma que havia mencionado e, algum tempo depois, mencionou ao interrogado que não mais necessitaria dos R\$ 15.000,00 restantes, oferecendo-os ao INTERROGADO’*. Referiu que os clientes que frequentam o PAB com certa assiduidade acabam tendo conhecimento de ‘situações terceiras que não lhes dizem respeito’, cogitando que fosse essa a razão de L.P.L.B. ter ficado sabendo de suas necessidades financeiras. Disse ter aceitado a oferta em razão de ter tido pedido de crédito consignado à CAIXA indeferido injustamente. Afirmou que, *‘dos R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ofertados por L.P.L.B., o INTERROGADO acabou aceitando pegar apenas R\$ 13.000,00 (treze mil reais)’*, tendo optado por transferir os recursos para a conta da filha por *‘receio de que tal operação fosse constatada pela CEF e estranhassem uma transferência de recursos de um cliente para seu gerente’*. Referiu, ainda, que a filha não tinha ciência dessa operação em sua conta bancária (IPL, e. 16, AUTO_QUALIFIC2).

Em juízo, B.S.P. reiterou que conhecera L.P.L.B. na agência Praça da Alfândega e disse ter intercedido em seu favor em uma situação de inadimplência em outra agência. Disse ter aceitado realizar a operação de H.L.B. pelo PAB para cumprir a meta imposta pela instituição financeira. Assegurou que só tomara conhecimento do desinteresse de H.L.B. pelos recursos ao assistir a seu depoimento na presente ação penal, referindo, ainda, ter efetuado o pagamento de todas as parcelas do empréstimo oferecido a ele por L.P.L.B.:

(...)

É incontroverso que a concessão do empréstimo foi afiançada por avaliação de risco embasada em declarações de faturamento mensal e fiscal assinadas por L.P.L.B., na condição de contador da empresa individual H.L.B. O acervo probatório, contudo, contempla elementos consistentes de que a renda declarada não é verdadeira, e a defesa não logrou êxito em comprovar o contrário.

Como visto anteriormente, H.L.B., em sede policial, afirmou auferir como renda mensal a quantia aproximada de R\$ 3.000,00. Desse valor, R\$ 1.100,00 correspondiam ao salário que recebia em uma madeireira, à qual comparecia ‘quase que diariamente’, e o restante, aos rendimentos obtidos com sua empresa individual, por intermédio da qual prestava serviços a terceiros. Em juízo, H.L.B. não logrou recordar o faturamento da empresa, confirmando, de forma genérica, que a declaração apresentada à CAIXA (de cujos valores também não recordava) refletia a realidade. L.P.L.B., da mesma forma, afirmou em sede policial que o irmão possuía renda de aproximadamente R\$ 2.500,00, valor que compreendia tanto seu trabalho assalariado como os serviços prestados como autônomo. Em juízo, porém, passou a afirmar que o lucro líquido da empresa de H.L.B. gravitava entre 7 e 12 mil reais, valor que guarda correspondência com a declaração de faturamento apresentada, mas contrasta com os dizeres de H.L.B. e com as declarações em sede policial do próprio réu L.P.L.B.

Observo que não foram apresentados pelo réu ou pela defesa quaisquer recibos ou notas fiscais emitidos pela empresa de H.L.B. que pudessem confirmar as informações constantes da declaração. E mais, conforme consta no recibo de entrega do Simples Nacional referente ao ano de 2008 (IPL, e. 1, OUT8, p. 29), a receita bruta da empresa foi de *‘R\$ 0,00’* entre os meses de janeiro e maio, assim como nos meses de agosto e novembro; R\$ 390,00 no mês de junho; R\$ 1.360,00 em julho; R\$ 911,00 em setembro; R\$ 440,00 em outubro; e R\$ 700,00 em dezembro. Em fevereiro de 2009, conforme consta da declaração de faturamento inquinada de falsidade, o faturamento da empresa saltou

para R\$ 3.253,50, chegando a R\$ 19.890,00 em janeiro de 2010. L.P.L.B. não apresentou explicação razoável para a discrepância de valores entre um ano e outro, limitando-se a dizer que a diferença se deve a serviços prestados sem emissão de nota fiscal. A explicação, contudo, não convence, especialmente considerando que a renda declarada por H.L.B. em seus depoimentos não guarda coerência com os valores constantes da declaração de faturamento. Ademais, não há qualquer explicação para o fato de a empresa, apesar do aumento do faturamento no último ano, ter se tornado inativa em abril de 2010, conforme declarações do próprio H.L.B. em juízo.

Nesse contexto, diante de tais contradições e da falta de qualquer comprovação idônea, julgo não haver dúvida de que o faturamento da empresa individual H.L.B. era inferior ao constante da declaração de faturamento.

Além disso, é incontroverso que B.S.P. preencheu o relatório de visita à empresa individual H.L.B. sem que tivesse efetuado visita à empresa, e recebeu, pelo menos, R\$ 13.000,00 do empréstimo concedido a esta. É indiscutível, da mesma forma, que L.P.L.B. também se beneficiou dos valores do empréstimo concedido à empresa do irmão, sendo o responsável por assinar a declaração de faturamento ideologicamente falsa. Dos depoimentos de H.L.B. e dos réus igualmente se extrai que H.L.B. não teve qualquer envolvimento na negociação e na contratação do empréstimo, comparecendo à agência bancária apenas para assinar documentos.

Afora isso, conforme se depreende dos trechos acima transcritos, *os relatos dos acusados apresentam inconsistências e contradições relevantes*, fragilizando a versão defensiva por inteiro.

Em sede policial, L.P.L.B. afirmou que a finalidade do empréstimo era a aquisição de um imóvel para abertura de uma filial da empresa de H.L.B. Após, retratou-se, afirmando que o objetivo era aquisição de maquinário. Na mesma oportunidade, afirmou que o nome de B.S.P. lhe fora indicado por um amigo, em razão de trabalhar na área de consultoria em habitação, mas que só foi conhecê-lo pessoalmente ao retirar a segunda via da prestação de um financiamento habitacional no PAB. Referiu, ainda, que o empréstimo demorou muito tempo para ser concedido e H.L.B. desistiu do dinheiro já no começo do ano de 2010. Em março, B.S.P. avisou-lhe que os valores seriam liberados, momento em que passou a procurar uma sala comercial para adquirir com o dinheiro. Em abril, o dinheiro foi liberado, mas L.P.L.B. não conseguiu adquirir o imóvel, e, três dias após o recebimento dos valores, B.S.P. lhe pediu parte emprestada, com o que concordou. H.L.B. nada recebeu. Em juízo, L.P.L.B. apresentou versão diametralmente oposta: B.S.P. procurou por seus serviços em consultoria previdenciária e H.L.B. só manifestou desinteresse nos valores após sua liberação, em abril de 2010. A procura pela sala comercial não mais foi mencionada e, desta feita, após emprestar R\$ 15.000,00 a B.S.P. (parte depositada na conta de B.C.P. e parte entregue em espécie em um *shopping*), H.L.B. recebeu R\$ 8.000,00.

A versão de B.S.P., por outro lado, não guarda coerência com qualquer dos relatos de L.P.L.B. Segundo B.S.P., os dois se conheceram na época em que ele era gerente na agência Praça da Alfândega, em razão de B.S.P. ter intercedido em favor de L.P.L.B. perante outra agência da CAIXA, conseguindo alcançar-lhe prazo para resolver uma situação de inadimplência. B.S.P. garantiu, ainda, que foi L.P.L.B. quem lhe oferecera o empréstimo, dizendo só ter tomado conhecimento de que H.L.B. não utilizara os valores do empréstimo no curso desta ação penal.

Como se percebe, os réus apresentaram três versões diversas para a forma como se conheceram. A colidência dos relatos em relação a essa prosaica questão, aliada às circunstâncias de um imputar ao outro o oferecimento do ‘empréstimo’, de o beneficiário formal do crédito aparentemente nada ter recebido, de a operação ter sido realizada por agência que aparentemente não realizava atendimento a pessoas jurídicas e ser embasada em declaração de faturamento falsa subscrita por L.P.L.B. e em relatório de visita irregularmente preenchido por B.S.P., conduz a uma única conclusão: *B.S.P. e L.P.L.B., em conluio e mediante fraude, obtiveram empréstimo em nome de H.L.B., sendo os verdadeiros beneficiários dos valores.*

Como anteriormente referido, *restou comprovada a fraude consistente na apresentação de falsa declaração de faturamento* a fim de simular patamar monetário apto à concessão dos créditos, assinada por L.P.L.B. E os demais elementos colhidos permitem concluir que *B.S.P. tinha conhecimento da falsidade da declaração*, corroborando tais informações mediante preenchimento de relatório de visita de forma irregular e operacionalizando toda a concessão do empréstimo no PAB, que, conforme dito pelo próprio réu, não tinha condições de realizar atendimento a pessoas jurídicas. Nesse ponto, cabe observar que, ao contrário do afirmado por B.S.P., não há qualquer documento que indique que a concessão do empréstimo ficou a cargo da agência Menino Deus. Além de as avaliações de risco registrarem o ‘TRT 4ª REGIÃO – PORTO ALEGRE’ como ‘ponto de venda’ e ‘B.S.P.’ como ‘gerente responsável’ (IPL, e. 1, OUT8, p. 46 e 52), a operação foi aprovada em reunião do Comitê de Crédito do PAB TRT4, cuja ata foi assinada apenas pelo réu, presidente do Comitê, e por ‘F.S.S.’, ‘gerente-geral PV Praia de Belas’, estando ausente a assinatura de S.F.M., embora a ata registre sua presença.

Por fim, o fato de B.S.P., gerente concedente do empréstimo, ter recebido parte do valor apenas três dias após a concessão do crédito não encontra explicação razoável nem permite conclusão diversa da expressa na hipótese acusatória. Afinal, é completamente incomum e inverossímil que um correntista, apenas por ouvir falar das dificuldades financeiras do gerente da agência, se voluntarie a emprestar a ele quantia em dinheiro e, além disso, não se preocupe em registrar o mútuo em qualquer documento escrito. A contradição das declarações dos acusados torna a inverossímil hipótese ainda menos crível, na medida em que delas não é possível extrair qualquer relação de amizade ou confiança que tornasse possível que tal fato ocorresse, nem mesmo certificar de quem foi a iniciativa do negócio.

Por derradeiro, pontuo haver outros elementos de prova a indicar o conluio dos acusados para obtenção de proveito econômico, mediante fraude e utilização de H.L.B. como interposta pessoa. Conforme consta do IPL, e. 1, OUT7, p. 11-12, H.L.B. abriu a conta pessoa jurídica no dia 18.12.2009, mesma data em que abriu duas contas pessoa física (nº [omissis] e nº [omissis]). Quando da abertura da conta corrente, foi apresentada à instituição financeira uma declaração comprobatória de percepção de rendimentos (Decore) datada de 25.11.2010 e assinada por L.P.L.B. atestando que a renda de H.L.B. em novembro foi de R\$ 4.800,00, oriundos de ‘distribuição de lucros’. *O Laudo de Perícia Criminal Federal nº 532/2013-Setec/SR/DPF/RS concluiu que a renda constante da Decore não condiz com a realidade da empresa (IPL, e. 26, LAUDO1). O Laudo de Exame de Perícia Criminal Federal nº 1.561/2012-Setec/SR/DPF/RS atestou que a assinatura de H.L.B. constante da Decore foi falsificada*, não partindo do punho do suposto subscritor (IPL, e. 12, LAUDO2). Por meio da conta pessoa física, foi contratado empréstimo CDC automático no valor de R\$ 7.169,47, com crédito líquido de R\$ 6.900,00 liberado em 12.01.2010 (IPL, e. 1, OUT7,

p. 13), e cheque especial no valor de R\$ 4.000,00 (IPL, e. 1, OUT7, p. 42). O relatório de avaliação de cliente pessoa física, que considerou que a renda total comprovada de H.L.B. consistia em R\$ 4.688,22, foi realizado pelo gerente B.S.P. em 07.02.2010 (IPL, e. 1, OUT7, p. 36). Por derradeiro, o procedimento apuratório da Caixa Econômica Federal constatou que, no período entre 12.01.2010 e 14.04.2011, B.S.P. efetuou 24 débitos a partir da conta [omissis], de H.L.B., para as contas tituladas por ‘C.D. e/ou L.P.L.B.’, ‘B.C.P.’ e ‘H.L.B.’ (conta nº [omissis]), totalizando o total movimentado de R\$ 135.294,00.”

Correta, portanto, a conclusão do magistrado sentenciante no sentido de que “os elementos probatórios acostados aos autos não sustentam as versões defensivas, demonstrando a autoria e o dolo dos réus para obtenção fraudulenta do empréstimo. B.S.P. utilizou-se de sua posição de gerente-geral do PAB TRT4 e presidente do Comitê de Crédito para concessão da operação, tanto em benefício próprio como em benefício do corréu L.P.L.B., caracterizando-se a prática prevista no delito de gestão fraudulenta”.

Quanto às operações envolvendo B.C.P. e C.C.P., ao contrário do que assevera o réu, a elucidação dos fatos o desfavorece:

“Conforme a denúncia, o réu B.S.P. concedeu, de maneira irregular, os seguintes empréstimos e financiamentos, que tiveram suas filhas B.C.P. e C.C.P. como beneficiárias:

Contrato	Titular	Valor (R\$)	Saldo devedor em 02.06.2011
[omissis]	B.C.P.	2.000,00	1.997,91
[omissis]	B.C.P.	3.300,00	2.432,69
[omissis]	B.C.P.	7.200,00	7.773,39
[omissis]	C.C.P.	2.000,00	17.247,07
[omissis]	C.C.P.	4.000,00	2.520,16
[omissis]	C.C.P.	3.291,72	2.405,16
[omissis]	C.C.P.	10.000,00	7.391,64

Segundo a narrativa acusatória, as irregularidades cometidas por B.S.P. consistiram em concessão de cheque especial para parentes em até segundo grau sem submissão à deliberação do Comitê de Avaliação de Negócios e Renegociação; ausência de liquidação dos limites de crédito rotativo vinculados à conta [omissis], condição imposta na avaliação de risco de crédito de B.C.P., e à conta [omissis], condição imposta na avaliação de risco de crédito de C.C.P.; e concessão de financiamento imobiliário referente à simulação de compra e venda de imóvel entre C.C.P. e B.C.P., no valor de R\$ 144.000,00, com liberação dos créditos na data da assinatura do contrato, antes do registro da operação no cartório de registro de imóveis, com as finalidades de realizar refinanciamento de dívida anteriormente existente com a CEF quando da aquisição do imóvel em nome de B.C.P. e de utilizar-se

dos valores concedidos para outros fins que não a aquisição do imóvel, notadamente para cobrir as dívidas resultantes dos lançamentos cruzados realizados por B.S.P. entre diversas contas bancárias.

(...)

Conforme consta do relatório conclusivo do PAD, B.S.P. descumpriu os seguintes normativos internos da instituição financeira (IPL, e. 1, OUT20, p. 7):

‘– MN CO 050 066, subitem 3.3, e MN CO 261 014, subitem 3.2.1, ao conceder crédito para parentes até o 2º grau sem submeter à deliberação do Comitê de Avaliação de Negócios; – MN HH 125 045, subitens 4.2.18.1 e 3.6.1, ao efetuar a liberação dos recursos de financiamento imobiliário ao vendedor do imóvel antes da apresentação do contrato registrado no Registro de Imóveis.’

Além dessas irregularidades, rememoro que a denúncia imputa a B.S.P. a prática de fraude consistente na realização de negócio simulado, que restou igualmente demonstrada.

Quando ouvido no processo administrativo disciplinar da CEF, em 24.05.2011, o réu B.S.P. confirmou ter ordenado a liberação dos recursos do financiamento habitacional na mesma data da assinatura do contrato, pois ‘*estava necessitando dos recursos por estar com as contas negativas*’. Explicou que o registro ocorreu somente após um ano da efetiva contratação em razão de ter ‘havido um erro na qualificação da CAIXA no instrumento contratual e depois pelo fato de o depoente não dispor de recursos para o registro’ (IPL, e. 1, OUT17, p. 16).

Inquirido em sede policial em 31.01.2013, B.S.P. justificou que a demora no registro se deu em virtude de ‘erro no lançamento do contrato de compra e venda no sistema’, situação que demorou a ser corrigida em razão de ‘estar sozinho’ no PAB e só poder ser regularizada ‘quando da chegada da funcionária de nome M., a qual assumiu a atribuição de solucionar os problemas que estavam pendentes na agência’. Disse ter sido o responsável ‘por montar a operação em questão, mas a avaliação e a concessão do crédito se deram em outra agência’. afirmou que, à época, o gerente tinha autorização para realizar a liberação do crédito imobiliário, o que, atualmente, só pode ser feito ‘por sistema’. Confirmou que, em regra, os recursos só são liberados após o registro no cartório de registro de imóveis, ressalvando que há casos em que a liberação pode ocorrer de forma antecipada. Reconheceu que a liberação nessas condições coloca a instituição financeira em posição de risco, ressalvando que, em caso de problemas, o próprio gerente é quem seria responsabilizado. Questionado sobre quem seria o comprador do imóvel, disse que ‘foi sua outra filha, *sendo que em verdade a operação se deu como forma de renegociação do contrato de financiamento habitacional*’. Aduziu, no mais, que C.C.P. é quem paga a prestação do apartamento, sendo a proprietária do bem em questão (IPL, e. 16, AUTO_QUALIFIC2).

Em juízo, o réu inicialmente asseverou que toda a operação de financiamento foi feita de forma correta, mostrando inclusive insatisfação diante do fato de não poder ele próprio realizar a operação em sua agência em razão do parentesco, referindo que esta o ajudaria com o cumprimento das metas da instituição. Confirmou ter liberado o valor de forma antecipada, tal qual teria feito em ocasião semelhante, em prol da cliente E.M.M. Depois, admitiu que o negócio foi feito de forma simulada, pois a compra e venda do imóvel não ocorreu de fato, e o financiamento foi feito apenas para pagar despesas pessoais suas. Ao final, retratou-se, dizendo que sua filha C.C.P. efetivamente adquiriu o imóvel da irmã B.C.P. e lá reside, fornecendo terceira justificativa para a não realização do registro do contrato antes da liberação dos recursos do financiamento (e. 501-507):

(...)

As declarações do réu não deixam dúvida acerca da ocorrência dos fatos descritos na denúncia. Com efeito, desde a primeira vez em que se manifestou a respeito da concessão do financiamento, B.S.P. referiu que a operação tinha como finalidade precípua contornar as próprias dificuldades financeiras, e não a aquisição de um imóvel por parte de sua filha C.C.P. Em juízo, B.S.P. igualmente deixou clara tal intenção, bem como que a filha B.C.P. nunca residiu no apartamento, tendo emprestado seu nome para a realização do primeiro financiamento por ser, aparentemente, a única da família cuja renda seria aceita pela instituição financeira. A partir das próprias declarações do réu, depreende-se que a adquirente do imóvel, C.C.P., também não residiu no imóvel após adquiri-lo da irmã, o que só teria ocorrido 'agora', após o falecimento dos avós. O dinheiro recebido pela venda do imóvel, conforme afirmado pelo próprio B.S.P., foi utilizado para pagamento de contas suas, e, até abril de 2017, data do interrogatório, B.C.P. não teria recebido o valor da 'venda' do imóvel. Desse contexto, a única conclusão possível é a exposta na denúncia: C.C.P. não havia realmente adquirido o imóvel, pois a venda não passou de uma simulação com o objetivo de B.S.P. obter os valores referentes ao financiamento para arcar com despesas pessoais e quitar o financiamento anterior contratado em nome de B.C.P.

A corroborar a hipótese acusatória, a análise realizada pela comissão apuradora demonstra a prática de transferências para cobrir saldos negativos das contas de B.C.P., C.C.P. e I.C.P., e, como anteriormente analisado, as contas correntes do grupo familiar de B.S.P. tinham os respectivos limites utilizados à guisa de empréstimo e eram objeto de movimentações cruzadas que visavam a evitar a responsabilização gerencial. Por elucidativo, reproduzo a análise constante do IPL, e. 1, OUT4, p. 65:

CEP-SIDEC 2000 L.360 - DIARIO DE CONTA CORRENTE										RS 4017 - TRT 4A. REGIAO P. ALEGRE		PAG/SEQ	41/05502	
V.019/681										VAL. 002 ATUAL.	001 26/01/2010	03.21.08	MOVIMENTO	23/01/2010
OPF.NUM.	CONTA	OC	CL	CF	HISTORICO	ULT.MOV.	DOCUM.	SALDO ANTERIOR	D E B I T O	C R E D I T O	SALDO ATUAL	LT/SEQ		
	83 641				DEB.AUTOR.	22/01/2010	000001	96.773,65	40.000,00			001/004		
	83 641				DEB.AUTOR.	22/01/2010	000002		22.000,00		34.773,65	001/005		

Observação: R\$40.000,00 e R\$22.000,00 foram creditados na conta de [REDACTED] ([REDACTED]) que estava com saldo negativo de R\$62.915,64, desde 18/01/2010, devido a várias transferências a débito em saldo disponível na conta.

CEP-SIDEC 2000 L.360 - DIARIO DE CONTA CORRENTE										RS 4017 - TRT 4A. REGIAO P. ALEGRE		PAG/SEQ	16/04823	
V.019/682										VAL. 001 ATUAL.	001 27/01/2010	01.49.23	MOVIMENTO	26/01/2010
OPF.NUM.	CONTA	OC	CL	CF	HISTORICO	ULT.MOV.	DOCUM.	SALDO ANTERIOR	D E B I T O	C R E D I T O	SALDO ATUAL	LT/SEQ		
	58 648				TRX S/CPMF	25/01/2010	000301	34.773,65	34.700,00		73,65	931/004		

R\$34.700,00 foi transferido para conta de [REDACTED] ([REDACTED]) que estava com saldo negativo de R\$915,64 (dentro do limite do cheque especial). Nesta mesma data foram transferidos R\$34.000,00 da conta [REDACTED] ([REDACTED]) para a conta [REDACTED], titulada por [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED]. A conta individual de [REDACTED] voltou a ficar com saldo negativo (dentro do limite de crédito).

CEP-SIDEC 2000 L.360 - DIARIO DE CONTA CORRENTE										RS 4017 - TRT 4A. REGIAO P. ALEGRE		PAG/SEQ	17/06923	
V.019/686										VAL. 001 ATUAL.	001 24/03/2010	02.17.02	MOVIMENTO	23/03/2010
OPF.NUM.	CONTA	OC	CL	CF	HISTORICO	ULT.MOV.	DOCUM.	SALDO ANTERIOR	D E B I T O	C R E D I T O	SALDO ATUAL	LT/SEQ		
	58 648				TRX S/CPMF	19/03/2010	016023	74,39	74,39		0,00	931/004		

R\$74,39 foi transferido para conta de [REDACTED] ([REDACTED]), zerando o saldo da conta poupança que não teve mais movimentação e foi encerrada em 29/10/2010.

Ainda que C.C.P. tenha posteriormente resido no imóvel e seja a responsável pelo pagamento das parcelas do financiamento (do que não se tem prova), não há como afastar a responsabilidade do réu, na medida em que, no momento da obtenção do financiamento,

o negócio era simulado. Destaco que o financiamento habitacional em causa se deu por meio do Sistema Nacional de Habitação, em condições mais vantajosas que as de um empréstimo bancário comum.

Cabe observar, ademais, que B.S.P. demonstrou ter conhecimento das normas que o impediam de figurar como gerente responsável pela concessão do crédito. Não obstante, interpretou a norma como uma mera formalidade, na medida em que admitiu ter ‘feito toda a operação’ e inclusive foi o responsável por autorizar a liberação do crédito, do que se denota que a participação do gerente da outra agência foi apenas *pro forma*. O réu também admitiu ter liberado o crédito em contrariedade com os normativos da CEF, fornecendo explicações diversas para justificar o fato. No procedimento administrativo, afirmou que houve um ‘erro de qualificação no contrato’, admitindo, igualmente, que não possuía os recursos necessários para efetuar o registro – o que demonstra, uma vez mais, que a participação das filhas na compra e venda se limitou ao ‘empréstimo’ de seus nomes para figurar no contrato. Em sede inquisitorial, afirmou que o registro não foi feito em razão de um ‘erro no lançamento do contrato no sistema’, resolvido apenas com a chegada da funcionária M.F. ao PAB. Contudo, foi a funcionária M.F. quem assinou o recibo de liberação dos valores do financiamento, e o código de autenticação demonstra que a operação foi feita na agência 4017, código do PAB. Finalmente, em juízo, o réu passou a dizer que M.F. foi a responsável pelo erro, ficando com o contrato em sua mesa por longo período de tempo até resolver o problema e só avisando B.S.P. tempos depois de ele ter liberado os valores do financiamento. A multiplicidade e a contrariedade entre as versões dificultam dar crédito à alegada boa-fé do réu, especialmente considerando que ele sabia da irregularidade da conduta e foi o beneficiário direto da liberação do crédito contratado de forma fraudulenta.

As concessões de cheque especial e empréstimo CDC a B.C.P. e C.C.P. em contrariedade aos normativos da CAIXA também restaram comprovadas.

Em juízo, B.S.P. manifestou ter ciência da proibição de figurar como gerente concedente das operações envolvendo suas familiares, razão pela qual os documentos relativos à contratação do financiamento foram assinados pelo gerente de outra agência. Não obstante, os contratos de relacionamento referentes à concessão de limite de cheque especial e empréstimo CDC a B.C.P. e a C.C.P., ambos firmados no dia 14.08.2008, foram assinados exclusivamente por B.S.P. (IPL, e. 1, OUT4, p. 16-18; 40-42). Ao contrário da operação de financiamento, não há nos autos qualquer documento que indique que a concessão do crédito foi deliberada pelo comitê de avaliação de negócios da CAIXA. Quando ouvido perante a autoridade policial, B.S.P. reconheceu *‘que agiu em desconformidade com a normatização em questão*, porém alega que suas filhas já possuíam tais benefícios em outras agências com as quais possuíam relacionamento bancário, sendo que, quando transferiram suas respectivas contas para o PAB em que o INTERROGADO trabalhava, não lhe pareceu errado manter a situação anterior destas; QUE, além do mais, tal situação não trouxe prejuízo à CEF, pelo contrário, como elas pagavam as taxas incidentes, a operação era benéfica para a instituição financeira’ (IPL, e. 16, AUTO_QUALIFIC2).

O argumento de que as filhas já possuíam crédito aprovado em outra agência bancária não explica de forma convincente o motivo para a operação não ter sido submetida ao comitê, e o fato de a situação ‘não parecer errada’ ao gerente certamente não pode servir como justificativa para descumprimento dos normativos internos da instituição financeira. Ademais, as avaliações de risco realizadas no dia 18.08.2008 condicionam a sua ‘validade’ à

liquidação do limite de crédito rotativo vinculado a outras contas, o que, conforme apurado pela comissão apuratória no âmbito do processo administrativo, não ocorreu.

Cabe destacar que a concessão de crédito de forma irregular a B.C.P. e a C.C.P. teve como consequência o incremento dos valores movimentados de forma fraudulenta por B.S.P., com a utilização do crédito disponibilizado pela instituição financeira para realizar múltiplas transferências bancárias com a finalidade de contornar as próprias alegadas dificuldades financeiras ('como forma de fazer crédito') e de evitar sua responsabilização por tais condutas."

Correta a conclusão do magistrado sentenciante que, diante do contexto, constatou a "prática do crime imputado ao acusado, uma vez demonstrado que B.S.P. ignorava as normas internas da instituição financeira na gerência do posto de atendimento bancário, induzindo-a em erro com a finalidade de obter vantagens".

Em relação às operações envolvendo os corréus E.M.M., J.O.S.M. e M.K. e às operações envolvendo a pessoa jurídica EJM, transcrevo a análise efetuada pelo juízo sentenciante:

"Concessões a E.M.M.

Conforme a denúncia, o réu B.S.P. concedeu, e E.M.M. obteve indevidamente, as seguintes operações de crédito:

<i>Contrato</i>	<i>Titular</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Saldo devedor em 02.06.2011</i>
[omissis]	E.M.M.	10.000,00	10.866,00
[omissis]	E.M.M.	657,00	474,59
[omissis]	E.M.M.	14.335,00	12.428,60
[omissis]	E.M.M.	4.050,00	2.252,44
[omissis]	E.M.M.	714,00	624,78
[omissis]	E.M.M.	5.000,00	2.570,03
[omissis]	E.M.M.	5.000,00	4.340,36
[omissis]	E.M.M.	3.300,00	1.407,20

Segundo a narrativa acusatória, em 22.07.2008, E.M.M. abriu a conta [omissis], por meio de B.S.P., e solicitou a transferência do depósito de seu salário do Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região em referida conta. B.S.P. fez realizar avaliação de risco de cliente em 19.08.2008, na qual E.M.M. foi reprovada com *rating* 'H' no SIAPC, por apresentar operações com atraso superior a 180 dias. No dia 17.09.2008, B.S.P. fez realizar nova avaliação no Siric, na qual se aprovou o pacote de relacionamento padrão, vindo a ser contratados cheque especial – pessoa física, CDC e cartão de crédito.

Conforme a acusação, em 09.01.2009, B.S.P. fez realizar outra avaliação no Siric, incluindo renda informal de R\$ 550,00; da mesma forma, realizou nova avaliação em 11.02.2009,

incluindo renda informal de R\$ 1.750,00. Tais operações teriam o propósito de aumentar o limite do cheque especial de E.M.M. Em ambas as avaliações, não foram apresentados documentos complementares recomendados para apurar a efetiva existência das rendas informais registradas, o que propiciou a B.S.P. aprovar limite de crédito incompatível com a real capacidade de pagamento de E.M.M.

(...)

Conforme consta do relatório conclusivo, B.S.P. descumpriu o normativo interno ‘MN CR 016 109, subitem 3.4.8, ao conceder crédito para cliente com restrições cadastrais’.

A testemunha A.S., presidente da comissão apuradora do PAD, confirmou os termos do relatório conclusivo em juízo. Referiu que E.M.M., servidora da Justiça do Trabalho, possuía diversas operações inadimplentes com a CAIXA, concedidas de forma contrária aos normativos. Explicou que a aprovação ou reprovação de um cliente na CAIXA depende da política adotada pelo banco no momento e que alterações na conclusão da avaliação podem decorrer de mudanças nessa política. Referiu que um cliente com *rating* H não pode fazer operações de crédito, exceto algumas específicas, como consignações com desconto em folha. Afirmou que, até o ano de 2010, o reconhecimento da renda informal exigia entrevista com o gerente consessor e preenchimento de um formulário, no qual o gerente atestava a renda declarada, além de comprovação por extrato bancário ou outro documento. No processo administrativo de B.S.P., não foi verificada a existência de renda além da comprovada (e. 157, VÍDEO3).

O técnico bancário A.R.S., funcionário do PAB TRT à época dos fatos, disse trabalhar na área comercial da agência, na qual fazia avaliações de risco de clientes. Explicou que a avaliação é feita com base em documentos do cliente, comprovantes de residência e contracheque, cujos dados são lançados no sistema Siric, que autoriza ou não a realização de operações de crédito. Disse que as rendas informais lançadas eram baseadas em Decore ou declaração de imposto de renda, afirmando não possuir alçada para lançar tal renda com base em entrevistas com os clientes. Quanto às avaliações de E.M.M., afirmou haver um perfil gerencial de acesso ao sistema que permite a liberação de operações de crédito nos casos em que o cliente é negado por relacionamento, utilizado quando o cliente faz renegociação de algum débito ou houve erro no sistema, que registra débitos já adimplidos. Nesse caso, o gerente faz a permissão e o funcionário prossegue na avaliação. Nessa hipótese, o *rating* desaparece na nova avaliação, permanecendo registrado apenas no sistema interno. Questionado sobre a ausência de comprovação da renda informal de E.M.M., referiu que, se a renda foi inserida na avaliação, era porque havia documento que a embasava, arquivado no dossiê do cliente. Não recordou se, no caso de E.M.M., houve autorização do gerente B.S.P. para concessão das operações, apesar da avaliação negativa. Afirmou ser comum a realização da autorização nos casos em que o crédito é negado por esse motivo, outra alternativa sendo a realização de nova tentativa no mês seguinte, após reprocessamento do sistema (e. 157, VÍDEO7).

P.E.C.B., funcionária da CAIXA, explicou que o sistema da CAIXA aceita, a princípio, a realização de uma operação de crédito com a finalidade de quitar outra operação, desde que efetuadas dentro do limite de crédito autorizado pelo sistema Siric e a depender do tipo da operação e do *rating* do cliente. Afirmou ser uma prática comum, chamada ‘renovação de contrato’ (e. 474, VÍDEO1).

R.C.L., também funcionário do PAB TRT4, referiu que, para realização das operações de renegociação, não é necessária a existência de margem de crédito no sistema Siric,

exigida apenas para empréstimos consignados. Explicou que o Siric avalia a possibilidade ou não da concessão de crédito, com base no montante de valores do cliente e em seu comportamento. Todos os empréstimos e financiamentos devem passar pelo sistema, exceto as renegociações de contratos, quando o funcionário combina com o cliente a melhor maneira de pagar, dentro do prazo máximo de 96 meses. Após essa negociação, é feito o contrato e quitada a dívida anterior, restando apenas o novo empréstimo. Para concessão de cheque especial, cartão de crédito e CDC, é necessária a avaliação no Siric, que determina o valor de crédito admitido para concessão (e. 477, VÍDEO1).

Quando ouvido no bojo do procedimento administrativo, B.S.P. nada mencionou sobre as avaliações de risco de crédito de E.M.M. Referiu que a conta [omissis] era titulada por E.M.M. e E.A.P.J. e foi transformada em conta individual ‘com o propósito de financiar um dos imóveis construído pela EJM, cujo montante da venda seria utilizado para pagamento de débitos das contas do grupo’, o que não se concretizara em razão de E.A.P.J. possuir restrições cadastrais em seu nome. Alegou ‘ter cedido à insistência dos pedidos de E.M.M. para acatamento de cheques, utilizados para pagamento de insumos para construção de seis unidades habitacionais em Tramandaí/RS, cujos saldos negativos das contas seriam cobertos pelo fruto da venda dos imóveis, o que até o presente momento não teria ocorrido’ (IPL, e. 1, OUT3, p. 22). Em sede policial, manifestou-se apenas em relação às movimentações efetuadas na conta de E.M.M., garantindo que todas se deram com consentimento e autorização da cliente e que as operações de crédito e débito ‘não causaram qualquer prejuízo e/ou benefício a essa cliente, tendo sido apenas empréstimos acordados entre as partes para suprir eventuais débitos em aberto’ (IPL, e. 16, AUTO_QUALIFIC2).

Em juízo, B.S.P. asseverou que não interferia nas avaliações de crédito, de responsabilidade do funcionário A.R.S. e realizadas por meio do sistema Siric, em relação ao qual não possuía ingerência. Explicou que todas as operações foram regulares, avaliadas pelo comitê de crédito e pela ‘retaguarda’ da CAIXA. No mais, referiu que buscara um credenciamento da empresa EJM Construtora e Incorporadora Ltda. na agência Praça da Alfândega, pois E.M.M. financiava a construção de imóveis ‘com juros do cheque especial e do consignado’, o que era impraticável. Disse que apenas tentou ajudar E.M.M., pessoa que lhe ‘apoiou dentro do PAB porque foi muito bem atendida, vendeu meu trabalho lá dentro’ (e. 501-507):

(...)

Quando ouvida em sede policial, E.M.M. declarou trabalhar no TRT há 26 anos, sendo também sócia da empresa EJM Construtora e Incorporadora Ltda., constituída com sua nora M.K. em 2009 ou 2010, com a finalidade de construir sobrados em alguns terrenos que havia adquirido na praia de Tramandaí. Já possuía uma conta no PAB, onde também abriu a conta da empresa com o intuito de obter capital de giro ‘para a empresa poder começar a construir’. Explicou que teve uma conta conjunta com o filho E.A.P.J., aberta antes da chegada de B.S.P. à gerência do PAB. Afirmou que ‘nem a declarante, nem a sua pessoa jurídica EJM chegaram a obter qualquer financiamento ou empréstimo para aplicar no projeto da construção dos sobrados; que o único tipo de empréstimo que firmou com a CEF foi decorrente de contratos de empréstimo consignado com desconto em folha de pagamento’. Referiu que o crédito pretendido para capital de giro foi obtido no Banco Bradesco, e não com a CAIXA. Afirmou que ‘chegaram a construir alguns sobrados em Tramandaí’, ressaltando que a construção não foi feita por sua empresa, mas pelo companheiro J.O.S.M. Declarou, ainda, que ‘utilizava o saldo de seu cheque especial e a contratação de consignados para obter recursos que foram utilizados na construção civil’ (IPL, e. 22, DEPOIM_TESTEMUNHA3).

Em juízo, E.M.M. confirmou ter realizado as operações de crédito listadas na denúncia, referindo que foi até B.S.P. e requereu que lhe fosse concedido maior limite de crédito. Afirmou que possuía outra fonte de renda além de seu salário no TRT, consistente em aluguéis de uma ou duas ‘pousadas’ em Cidreira, pelo que recebia cerca de R\$ 400,00. No mais, afirmou não ter tomado conhecimento de que inicialmente tivera a concessão de crédito negada pela avaliação de risco da instituição financeira, embora tenha reconhecido estar ‘quase sempre endividada’ (e. 510-512):

(...)

De todo o exposto, julgo comprovado que *B.S.P. fez inserir falsa informação sobre a renda de E.M.M. nos sistemas internos da CAIXA, e, com base em tal renda, autorizou a concessão de empréstimos na modalidade cheque especial e CDC em nome da ré.*

Como visto, E.M.M. abriu nova conta no PAB TRT4 no dia 22.07.2008, por meio do gerente B.S.P. No dia 19.08.2008, E.M.M. foi reprovada em avaliação de risco de crédito que considerou como renda comprovada o valor de R\$ 6.352,05, equivalente à remuneração bruta de E.M.M., conforme consta de seu contracheque relativo ao mês de julho de 2008. No dia 17.09.2009, E.M.M. teve seu perfil aprovado em nova avaliação de risco de crédito, que considerou o mesmo valor de renda comprovada: R\$ 6.352,05. Com base nisso, E.M.M. contratou, por meio de B.S.P., empréstimo na modalidade cheque especial no valor de R\$ 3.000,00.

No dia 09.01.2009, foi aprovado novo limite de crédito a E.M.M., fundado em avaliação de risco que tomou como base a renda comprovada de R\$ 6.623,04 e a renda informal de R\$ 550,00. Com base nessa nova avaliação, E.M.M. contratou, por meio de A.R.S., cheque especial no valor de R\$ 7.000,00. Pouco mais de um mês depois, em 11.02.2009, foi aprovado novo limite de crédito a E.M.M., fundado em avaliação de risco efetuada por B.S.P., que tomou como renda comprovada o valor de R\$ 6.746,04 e como renda informal o valor de R\$ 1.750,00. Com base nisso, E.M.M. contratou, por meio de B.S.P., cheque especial no valor de R\$ 10.000,00.

Ocorre que não há qualquer documento nos autos que indique a que se refere a renda informal inserida nas avaliações de crédito que embasaram a concessão dos empréstimos. A comissão apuradora do procedimento administrativo disciplinar instaurado contra B.S.P. consignou não ter localizado tais documentos. E.M.M., em juízo, confirmou ter ido até B.S.P. para solicitar-lhe que aumentasse seu limite de crédito, afirmando que possuía renda relativa a aluguéis de apartamentos na praia de Cidreira. Os referidos recibos de pagamento, contudo, não foram localizados no bojo do procedimento administrativo ou no inquérito policial, nem foram apresentados pela defesa da ré durante toda a instrução processual. Ademais, questionada quanto ao valor que auferia com tais aluguéis, E.M.M. respondeu ser de cerca de *R\$ 400,00*, inferior, portanto, à renda inserida nas avaliações de crédito. Observo que J.O.S.M., em seu interrogatório judicial, também referiu o recebimento de renda de aluguéis, mas não logrou precisar sequer o valor aproximado de tais rendimentos, sua defesa tampouco trazendo aos autos qualquer comprovante de recebimento de valores. O único contrato de locação constante dos autos é firmado por J.O.S.M. (locador) e M.K. (locatária) e data de 1º de abril de 2009, não podendo ter servido como fundamento para a aprovação de crédito a E.M.M.

Desse contexto, julgo *não haver dúvidas de que a renda de E.M.M., se existente, era inferior à constante nas avaliações de risco de crédito realizadas em 09.01.2009 e 11.02.2009.*

O fato de A.R.S. ser o funcionário responsável pela realização da avaliação de risco realizada em 09.01.2009 não ilide a responsabilidade do réu. De início, verifico que não há notícia de que A.R.S., subordinado de B.S.P., tenha sido investigado internamente pela CAIXA por participação em quaisquer das condutas denunciadas ou tenha recebido algum benefício ou vantagem pessoal. Ademais, A.R.S. referiu que o gerente da agência poderia autorizar a concessão de crédito pelo sistema Siric mesmo nos casos em que o cliente era reprovado por relacionamento negativo, e E.M.M. afirmou em seu interrogatório que procurou por B.S.P. para aumentar seu limite de crédito. Afora isso, B.S.P. beneficiou-se diretamente da aprovação de limite de crédito superior à real capacidade financeira de E.M.M., na medida em que utilizou a conta da cliente para realização de transferências bancárias a partir do sistema interno da CEF, cujo montante foi de R\$ 939.211,74, com a finalidade de contornar as próprias alegadas dificuldades financeiras e de evitar responsabilização interna.

E, da mesma forma, julgo não haver dúvida de que *E.M.M. tinha ciência de que os empréstimos foram concedidos com base em informações não verdadeiras*. Em seu interrogatório, a ré afirmou manter relacionamento com instituições bancárias pelo menos há trinta anos, desde seu ingresso no TRT. Também demonstrou conhecimento sobre as diferentes modalidades de empréstimo existentes e taxas incidentes sobre cheques devolvidos, do que se denota que tenha uma consciência mínima acerca dos requisitos para sua concessão. Tanto o é que tinha consciência de que, para poder aumentar seu limite de crédito e seu pacote de benefícios com a CAIXA, precisava demonstrar uma renda maior que a que até então possuía registrada.

Cumprе destacar também os dizeres da testemunha M.A.D.S., técnico em contabilidade contratado pela EJM Construtora e Incorporadora Ltda., no sentido de que E.M.M. sempre se mostrou muito segura de que conseguiria obter operações de crédito na CAIXA, apesar de a empresa não possuir uma contabilidade sólida, e de que um gerente da CAIXA lhe telefonou e assegurou que bastaria que ele preenchesse os documentos do banco.

Ainda que as declarações da testemunha não digam respeito a esse fato específico, sustentam a convicção acerca da existência da relação promiscua entre os réus e de seu conluio para a concessão das operações, das quais resultaram benefícios para ambos: E.M.M. obteve R\$ 33.056,00 em empréstimos CDC nas modalidades salário, automático e turismo, e B.S.P. movimentou a conta de E.M.M. por meio do sistema interno da CAIXA, fazendo uso do crédito concedido para satisfação de interesses pessoais.

Por todo o exposto, tenho que os elementos probatórios acostados aos autos não sustentam as versões defensivas, demonstrando a autoria e o dolo dos réus para obtenção fraudulenta de operações de crédito, facilitadas pela posição de B.S.P. como gerente-geral do PAB TRT4. Dessa forma, em que pese E.M.M. não exerça qualquer cargo de gerência da CAIXA nem mantenha relação de emprego com a instituição financeira, agiu em conluio com o gerente B.S.P. com o escopo de obter benefício indevido, o que, por certo, não conseguiria obter caso agisse sozinha. Concorreu, portanto, para a gestão fraudulenta praticada por B.S.P., devendo, também, responder pelo delito.”

Quanto à operação de concessão de crédito a J.O.S.M., observo que os réus B.S.P. e J.O.S.M. foram absolvidos, por ausência de prova do fato imputado, decisão essa que não merece reparos.

Transcrevo a fundamentação do juízo absolutório formulado pelo magistrado de origem, ao qual adiro:

“A partir da análise desses elementos, julgo inequívoco que *J.O.S.M. apresentou dois documentos comprobatórios de renda* ao abrir a conta bancária [*omissis*] no PAB TRT4: contracheque no valor de R\$ 1.593,00 e contrato de aluguel no valor de R\$ 800,00. A soma resulta no valor considerado na avaliação de crédito realizada pelo funcionário A.R.S.: R\$ 2.393,00 de renda comprovada.

A denúncia, contudo, imputa a B.S.P. a conduta de ‘fazer realizar avaliação no Siric com registro de ‘renda comprovada’ de R\$ 2.393,99, quando em seu contracheque a renda era de R\$ 1.593,00’, e a J.O.S.M. a conduta de obter as operações de crédito, ‘sabedor da renda inserida e não provada’. Como se percebe, foi ignorada, na descrição fática, a existência do contrato de aluguel apresentado por J.O.S.M. quando da abertura da conta corrente.

Por outro lado, a prova indica que o contrato apresentado para comprovação de renda é ideologicamente falso, uma vez que J.O.S.M. admitiu jamais ter locado qualquer imóvel a M.K., e esta, da mesma forma, afirmou em seu interrogatório nunca ter alugado imóvel de J.O.S.M. Apesar disso, não há, na denúncia ou nos memoriais da acusação, qualquer referência ao contrato de aluguel apresentado ou à prática dessa fraude pelos réus.

Nesse contexto, sob pena de violação ao princípio da correlação, é forçoso reconhecer que não há prova do fato imputado aos réus na denúncia, de modo que *B.S.P. e J.O.S.M. restam absolvidos da prática do crime previsto no art. 4º, caput, da Lei 7.492/86.*”

Acerca das operações envolvendo a corré M.K., colaciono o quanto dispôs o juízo *a quo*:

“Assinala a denúncia que, em 16.11.2009, M.K. abriu a conta [*omissis*] com B.S.P. Entre os documentos apresentados, está uma Decore assinada por M.K. informando a renda inverídica de R\$ 2.465,00 no mês de outubro de 2009, com base na qual B.S.P. realizou avaliação no Siric. Assim, B.S.P. concedeu, e M.K. obteve, indevidamente, as seguintes operações irregulares de crédito:

<i>Contrato</i>	<i>Titular</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Saldo devedor em 02.06.2011</i>
[<i>omissis</i>]	M.K.	2.000,00	88.323,27
[<i>omissis</i>]	M.K.	2.300,00	1.869,12

(...)

Em relação às concessões a M.K., a comissão apuradora da CAIXA apontou que estas ‘apresentam inconformidade com relação à comprovação de renda pessoa física (fl. 456), visto ter sido efetuada mediante Decore contemplando rendimento do cliente de apenas um mês’, pelo que B.S.P. teria descumprido o normativo MN CR 016 116, subitem 4.5.13.4 (IPL, e. 1, OUT20, p. 7-8).

M.A.D.S., técnico em contabilidade, afirmou em sede policial ter sido procurado em seu escritório por E.M.M. e J.O.S.M. em busca de consultoria para constituir uma incorporadora. Relatou que a ideia do casal era de construir um prédio em um terreno que possuíam em Tramandaí para revender os apartamentos. Afirmou ter prestado aos clientes a orientação so-

licitada, sendo a empresa EJM Construtora e Incorporadora Ltda. constituída em 04.05.2009, data do contrato social. Disse que, após a constituição da empresa, os clientes passaram a não seguir suas orientações acerca da contabilidade desta, citando como exemplo a recusa de registrar as carteiras de trabalho dos empregados. Afirmou ter contabilizado notas fiscais de material adquirido para obra até o início do ano de 2009, possuindo os livros contábeis dos anos de 2009 e 2010. Referiu que os sócios da EJM eram E.M.M. e sua nora M.K., que constou como administradora em razão de E.M.M. ser funcionária pública. Afirmou que ‘quem mantinha contato com o DECLARANTE era a Sra. E.M.M., sendo por vezes acompanhada de M.K.’. Relatou que ambas lhe solicitaram a emissão da Decore para ser utilizada na abertura de conta bancária, reconhecendo sua assinatura no documento apresentado à CAIXA. Afirmou que ‘a emissão desse documento se deu com base na documentação contábil da empresa, tendo sido recolhido, inclusive, o imposto incidente em decorrência do aluguel recebido por M.K.; *QUE constou na Decore um rendimento de M.K. proveniente de pró-labore no montante de R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), somado aos R\$ 2.000,00 (dois mil reais) provenientes de aluguéis que M.K. perceberia*’. Explicou que as informações foram extraídas do livro diário da EJM e de ‘declaração que lhe fora feita pelos clientes’. Asseverou que, ‘*como não lhe foram apresentados os contratos de aluguel que comprovariam o recebimento de aluguéis mensais por M.K., o declarante exigiu que seus clientes efetuassem o recolhimento, via Darf (carnê-leão), do imposto de renda incidente sobre essa fonte de renda que é o aluguel; que apresenta neste ato cópia da Darf recolhida na ocasião e que lhe foi entregue pelos clientes como comprovação de recebimento dos aluguéis por M.K.*’. Assegurou não ter agido de forma errada ao emitir a Decore com base na Darf, e pontuou que não possuía motivo para desconfiar dos clientes. Ressalvou, apenas, que lhe ‘*causava estranheza a segurança que E.M.M. lhe transmitia ao assegurar que conseguiria obter financiamento na CEF pra construção do prédio em questão*’, pois, por sua experiência, sabia ser difícil para uma empresa recém-constituída obter o crédito pretendido por E.M.M. Por fim, referiu que, a partir do ano de 2011, os administradores da EJM não mais compareceram ao escritório, não tendo conseguido mais contato com E.M.M. ou J.O.S.M. Negou ter conhecido o gerente da conta de E.M.M. na CAIXA, referindo que, ‘em determinada época, quando se negou a entregar determinada documentação solicitada pela cliente, um gerente da CEF, do qual não se recorda o nome, entrou em contato com o declarante para obter documentos da EJM (IPL, e. 25, DEPOIM_TESTEMUNHA2).

Em juízo, M.A.D.S. confirmou tais declarações. Explicou que, em Tramandaí, só é possível colocar à venda uma unidade imobiliária se houver incorporação registrada. Relatou que ‘eles se apresentaram como uma família’, referindo-se a E.M.M., J.O.S.M., M.K. e ao filho de E.M.M., cujo nome não logrou recordar. Afirmou que ‘foi determinado à sociedade pela dona E.M.M., porque ela é quem mandava em todos quase, na área de administração, colocar ela como sócia e a dona M.K.’. Confirmou que M.K. constava como sócia-administradora no contrato social da EJM. Reiterou seus ditos em relação à emissão da Decore, afirmando que o pró-labore era correspondente a um salário mínimo e que os clientes lhe haviam dito que M.K. possuía uma casa alugada no Município de Lajeado, pelo que ganhava R\$ 2.000,00 mensais. Relatou que os clientes concordaram em recolher o imposto de renda sobre tal valor, o que foi feito pelo depoente, que, assim, considerou possível fundamentar a Decore. Afirmou ser normal tal procedimento para novas empresas, a fim de possibilitar a abertura de conta bancária. Ressalvou não conhecer as atividades dos clientes além do que

era por eles declarado e apresentado, referindo que documentos deveriam ser fornecidos mensalmente, mas eram entregues sem periodicidade definida, de acordo com a necessidade dos clientes. Declarou que, ao que recorda, a Decore foi emitida cerca de dois meses depois de constituída a empresa e iniciada a escrituração. Disse que não lhe fora fornecido documento relativo à venda de alguma unidade, não recordando se a obra já fora iniciada. Reiterou ter advertido os clientes da dificuldade de se obter um financiamento na CAIXA, uma vez que não possuíam uma contabilidade sólida. Relatou que um homem, dizendo ser gerente da CAIXA, lhe telefonou, dizendo-lhe que bastaria preencher os documentos do banco. Disse que, da mesma forma, ‘a dona E.M.M. sempre era segura do que falava, ela dizia: ‘o senhor preenche os papéis que o resto é comigo’, daí ela ia tocar o serviço pra frente’. afirmou que E.M.M. aportava dinheiro na sociedade para integralização do capital, cogitando ser essa a origem do pró-labore, não recordando se existia receita operacional à época. Disse ter feito o imposto de renda pessoa física de E.M.M. no ano de 2011, pelo qual foi pago por um cheque posteriormente cancelado pela emitente, momento a partir do qual não teve mais contato com os administradores da EJM, nenhum deles tendo ido buscar os documentos da empresa. Por fim, disse acreditar que o prédio tenha sido construído, pois certa vez passou pelo terreno e visualizou uma obra (e. 157, VÍDEO2).

Nas oportunidades em que ouvida, *M.K. negou ter solicitado qualquer empréstimo à CAIXA e admitiu que a renda constante na Decore não é verdadeira, visto que nunca recebeu qualquer valor da EJM Construtora e Incorporadora Ltda. e nunca possuiu renda proveniente de aluguéis.*

A ré foi ouvida em sede policial em 17.04.2013, ocasião em que declarou não exercer qualquer atividade laboral remunerada há quatro anos, a última sendo como revendedora da Avon Cosméticos, pela qual recebia cerca de R\$ 700,00 mensais. Explicou que ela e o marido residiam em Lajeado, tendo se mudado no ano de 2010 para Tramandaí e retornado a Lajeado no ano seguinte. Quanto à constituição da empresa EJM e ao seu relacionamento com a CAIXA, assim declarou (IPL, e. 23, DEPOIM_TESTEMUNHA2):

‘(...) QUE a ideia de se mudar para Tramandaí foi em decorrência de uma obra que sua sogra estava realizando naquela praia; QUE, ao que sabe, a ideia era que seu marido J. trabalhasse como funcionário, porém não sabe quanto este recebia de salário nessa obra; *QUE a ideia de constituir a empresa EJM partiu de dentro da própria família, ou seja, da DECLARANTE, de seu marido e de sua sogra E.M.M.; QUE a ideia era obter um empréstimo na CEF para obter capital de giro para essa empresa; QUE, entretanto, como não conseguiram o dinheiro esperado, a empresa não chegou a operar; QUE abriu uma conta bancária na agência da CEF no Tribunal do Trabalho em Porto Alegre, pois a conta da empresa tinha sido aberta em tal estabelecimento bancário, logo, a ideia era que tudo ficasse junto em uma mesma agência; QUE, nessa época, a DECLARANTE não estava mais trabalhando, logo, não tinha condições de depositar qualquer quantia nessa conta; QUE chegou a conhecer o gerente de conta de nome B.S.P., acreditando que o tenha visto em apenas duas oportunidades; QUE salienta que não foi B.S.P. o responsável por abrir a conta da DECLARANTE no PAB TRT4; QUE não tem conhecimento de que tenham sido realizadas as movimentações financeiras em sua conta bancária nos valores mencionados no relatório da CEF; QUE ninguém possuía autorização para movimentar a conta bancária da DECLARANTE que não a própria DECLARANTE; QUE nega ter autorizado sua sogra a movimentar sua conta bancária; **QUE nunca solicitou qualquer espécie de empréstimo ou***

financiamento bancário para a CEF; QUE nunca assinou qualquer contrato com a CEF solicitando empréstimo; QUE não tem conhecimento desses contratos de empréstimos e/ou financiamentos mencionados no relatório da CEF nos valores de R\$ 2.000,00 e R\$ 2.300,00; QUE nunca recebeu qualquer valor em razão de sua participação na EJM CONSTRUTORA; QUE, apresentada à DECLARANTE uma Decore apresentada à CEF em que esta declara ter recebido, em outubro de 2009, o valor de R\$ 2.465,00 (dois mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais) e questionada do porquê de ter assinado esse documento se de fato não recebia essa quantia, a DECLARANTE afirmou que tinha acertado que receberia um pró-labore, porém, de fato, jamais recebeu essa quantia; QUE não se recorda quem solicitou que assinasse esse documento, nem o porquê de tê-lo assinado; QUE M.A.D.S. era o contador responsável pela abertura da empresa EJM (...).

Em juízo, reiterou tais ditos, afirmando que nunca recebeu rendimentos da EJM Construtora, que sequer chegou a operar. Disse que, à época da abertura da conta e da constituição da empresa, não estava trabalhando, não recordando como a documentação para abertura da conta foi reunida ou se chegou a comparecer a algum escritório de contabilidade para assinar documentos. Também afirmou que não alugava imóveis na época e assegurou que não fez qualquer movimentação na conta aberta na CAIXA, tampouco requereu empréstimos à instituição financeira (e. 514-515):

(...)

No bojo do procedimento apuratório da CAIXA, B.S.P. afirmou que ‘as transferências ocorridas nas contas foram todas solicitadas por E.M.M., e que o depoente possui autorizações genéricas assinadas, já que ela era titular e/ou representante das contas relacionadas às pessoas ligadas à EJM’. Na mesma oportunidade, afirmou que ‘as transferências entre as contas das filhas do depoente e das pessoas relacionadas à empresa EJM, tanto a débito quanto a crédito, (...) foram acordadas pelo depoente e pela senhora E.M.M.’ (IPL, e. 1, OUT3, p. 22). Em juízo, B.S.P. afirmou que M.K. ‘foi levada pela E.M.M.’ ao PAB, não recordando se a ré possuía conta conjunta com E.M.M. ou conta da construtora. Explicou que a abertura da conta se deu em razão de eles já estarem construindo e terem ‘necessidade de alguns valores’. Afirmou que ‘a gente fez as avaliações, ver o que conseguia, e a minha proposta de levar a construtora pra buscar um credenciamento na Praça da Alfândega, porque eu já havia dito para a E.M.M., ‘E.M.M., tu construir com juros de cheque especial, ou mesmo do consignado, tu fazer construção fica impraticável’, entendeu, mas era uma forma que a gente tinha, até porque ela já estava em andamento, era uma forma, pela situação, era uma forma que se tinha de eu auxiliar a E.M.M., de fomentar, de buscar...’ (e. 501-507).

Em sede policial, E.M.M. declarou que a conta corrente de M.K. foi aberta no PAB ‘em decorrência da abertura da conta da empresa EJM, como forma de separar as contas das pessoas física e jurídica’. Negou ter autorizado B.S.P. a realizar qualquer operação entre as contas de seus familiares, afirmando não ser verdade que administrava as contas de M.K. e J.O.S.M. Relatou ter efetivamente construído ‘alguns sobrados’ em Tramandaí, não por meio de sua empresa, mas sim por J.O.S.M., com recursos obtidos com a contratação de empréstimos consignados e com a utilização do saldo de seu cheque especial (IPL, e. 22, DEPOIM_TESTEMUNHA3). Em juízo, explicou que M.K. figurou como sócia da EJM em razão de ela própria, E.M.M., não poder figurar como administradora. Questionada sobre as funções desempenhadas pela nora, disse que ‘ela cuidava da parte administrativa’, ressaltando que a atividade durou pouco tempo, ‘porque não foi adiante’. Confirmou que

M.K. abriu uma conta na CAIXA ‘por causa da empresa’, mas, questionada, disse não saber o motivo pelo qual a nora abriu a conta ou se fora recebida alguma orientação nesse sentido. No mais, disse que não movimentava a conta de M.K. (e. 510-512).

Por fim, as testemunhas A.K.K. e A.F.K. afirmaram que M.K. sempre teve uma condição de vida humilde, tendo trabalhado como manicure, revendedora de cosméticos e confeitadeira. Questionados, afirmaram não recordar se M.K. residira em Tramandaí por algum período, dizendo que ela sempre viveu na cidade de Lajeado (e. 500, VÍDEO1 e VÍDEO2).

Pois bem.

Da análise das declarações da ré M.K. extrai-se pelo menos um fato incontroverso: *a renda declarada à instituição financeira não é verdadeira*. Adianto que não se está a questionar a autenticidade material da Decore apresentada. Porém, a circunstância de o documento ser assinado por técnico em contabilidade não é apta a ilidir a prática da fraude, que consistiu na inserção de dados falsos sobre a condição financeira da ré, tratando-se, portanto, de falsidade ideológica.

Os acusados M.K., E.M.M. e J.O.S.M. foram uníssonos ao afirmar que a empresa EJM Construtora e Incorporadora Imobiliária Ltda. nunca chegou a efetivamente funcionar, em razão de não ter obtido crédito para iniciar a construção das unidades imobiliárias que tencionava comercializar. Da prova oral, também é possível extrair que M.K. só constou como sócia-administradora da empresa em razão de E.M.M., funcionária pública, estar impedida legalmente de figurar em tal condição, não tendo participação efetiva nas decisões a respeito do empreendimento, que, conforme referido pela testemunha M.A.D.S., eram determinadas por E.M.M. A corroborar tal conclusão, há nos autos procuração pública firmada por M.K. em 29.05.2009 outorgando a E.M.M. ‘amplos, gerais e ilimitados poderes para tratar de negócios e assuntos de interesse da empresa outorgante na proporção das cotas da sócia administradora’ (IPL, e. 1, OUT9, p. 45). Nesse contexto, subsiste a dúvida sobre se M.K. efetivamente chegou a residir em Tramandaí, uma vez que não logrou recordar o nome da pessoa de quem alugou imóvel naquela cidade. Além disso, as testemunhas A.K.K. e A.F.K., arroladas por sua defesa, disseram não se recordar de M.K. ter residido em outra cidade que não Lajeado. De qualquer forma, a própria ré M.K. afirmou categoricamente que jamais recebeu qualquer valor da empresa familiar, negando, também, ter qualquer renda proveniente de aluguéis. E as defesas não trouxeram aos autos qualquer documento que demonstre o contrário.

Nesse contexto, o fato de a inserção da renda na Decore ser embasada no comprovante de pagamento de imposto de renda só é capaz de gerar a presunção de que o técnico em contabilidade foi induzido em erro para atestar a existência da falsa renda. Não há dúvidas, contudo, de que M.K. não possuía qualquer rendimento à época da abertura da conta bancária.

Em juízo, a ré afirmou não recordar de como a documentação foi reunida ou de ter estado em algum escritório de contabilidade, asseverando, ainda, não ter contratado qualquer operação de crédito. Seus ditos, contudo, restaram isolados. A testemunha M.A.D.S. afirmou em juízo que M.K. compareceu por diversas vezes ao seu escritório, acompanhando E.M.M., a Decore sendo confeccionada por solicitação de ambas. E, em sede policial, M.K. confirmou que M.A.D.S. era o contador da empresa EJM. Além de ter assinado a Decore ideologicamente falsa, M.K. também assinou o contrato de adesão aos empréstimos CDC e cheque especial, firmado na data da abertura da conta corrente.

E.M.M. não foi denunciada por ter participado da fraude na concessão de empréstimos a M.K. A prova oral, contudo, permite antever seu envolvimento em tal fato. A testemunha

M.A.D.S. afirmou que E.M.M. ‘mandava em todos’ e era seu principal contato na empresa, sendo apenas eventualmente acompanhada por M.K. e J.O.S.M. O contabilista referiu que ambas, E.M.M. e M.K., lhe solicitaram a emissão da Decore. Além disso, tanto E.M.M. como B.S.P. fizeram referência, em seus interrogatórios, às dificuldades financeiras de E.M.M., que, como visto anteriormente, possuía diversas restrições cadastrais e histórico de cheques sem provisão de fundos devolvidos. E.M.M. referiu, ainda, que financiava as construções dos imóveis litorâneos com o saldo de seu cheque especial e com a contratação de empréstimos consignados, cabendo destacar que, no período de 02.03.2009 a 29.07.2009, E.M.M. tomou R\$ 33.056,00 em empréstimos na modalidade CDC. O provável envolvimento de E.M.M., porém, não foi descrito na denúncia nem mencionado nos memoriais, de modo que deixou de fazer maiores considerações a respeito.

De qualquer forma, o dolo na conduta de M.K. resta evidente tanto na hipótese de ter contratado os empréstimos para si como na hipótese de ter emprestado seu nome à sogra E.M.M., na medida em que solicitou emissão de documento atestando a existência de renda que sabia não possuir e, sabendo-o falso, apresentou-o à instituição financeira, não sendo crível que não tivesse a menor consciência do que estava ocorrendo.

Quanto a B.S.P., a comissão apuradora concluiu ter o réu descumprido normativo interno da instituição financeira, ao aceitar comprovação de renda por meio de Decore com rendimento mensal do cliente de apenas um mês. O fato de não respeitar as normas internas não importa, necessariamente, em prática do delito de gestão fraudulenta. Mas os fatos relacionados no caso dos autos comprovam a prática delitiva.

É pouco provável que o réu, gerente de instituição financeira com larga experiência, desconhecesse a irregularidade de sua conduta, do que se conclui que a atitude foi adotada deliberadamente pelo réu, tendo como fundamento e causa final o benefício a si próprio e a terceiros. Com efeito, B.S.P. manifestou em suas declarações que possuía estreito relacionamento com a cliente E.M.M., referindo que ela lhe ‘ajudou dentro do PAB’ e mencionando tratativas com gerentes de outras agências da CAIXA com vistas a auxiliá-la, a quem também autorizou crédito, apesar da existência de restrições cadastrais. Quando questionado acerca da abertura da conta de M.K., B.S.P. limitou-se a manifestar que a ré havia sido levada por E.M.M., que ‘necessitava de valores’.

Além de beneficiar M.K. e E.M.M., a concessão irregular de crédito também acarretou vantagens ao próprio B.S.P. Conforme constatado no procedimento apuratório, a conta de M.K. recebeu créditos de R\$ 23.300,00 transferidos da conta de E.M.M., de R\$ 262.084,00 transferidos da conta de J.O.S.M. e de R\$ 243.577,30 da conta da EJM Construtora e Incorporadora Ltda. A partir da conta de M.K., no período de 27.11.2009 a 21.12.2010, foi constatada a realização de 37 transferências para as contas de E.A.P.J., E.M.M., C.C.P., J.O.S.M. e EJM Construtora e Incorporadora Ltda. no valor total de R\$ 597.574,96.

Como visto anteriormente, B.S.P. admitiu a realização de transferências cíclicas de valores entre as contas bancárias apontadas pela comissão apuradora da CAIXA. Quando ouvido no PAD, afirmou que ‘passou a efetuar as transferências de saldos entre as contas das pessoas relacionadas à EJM, mesmo, às vezes, não havendo saldo nas contas debitadas, o que era efetuado, via de regra, para evitar a responsabilização gerencial imediata, já que nem os titulares da conta, nem mesmo o depoente (gerente responsável) possuíam recursos para a cobertura’. Ou seja, a concessão de crédito a M.K. teve como consequência o

incremento dos valores movimentados de forma fraudulenta por B.S.P., com a utilização dos valores disponibilizados pela instituição financeira.”

Nesse ponto, também não merece reparo a conclusão a que chegou o magistrado de primeiro grau, de condenação de B.S.P. e M.K. pela prática do delito de gestão fraudulenta, “na medida em que agiram em conluio com o escopo de obter benefícios indevidos, cuja obtenção foi facilitada em razão da posição de B.S.P. na agência, que pôde, sozinho, autorizar a abertura da conta, efetuar a avaliação de risco e conceder as operações de crédito à corrê”.

Ainda da sentença, retira-se:

“Por derradeiro, observo que o acordo firmado entre a ré M.K. e a Caixa Econômica Federal no âmbito cível diz respeito à cobrança de débito gerado em razão das movimentações cíclicas realizadas por B.S.P. em sua conta bancária (descrito no ponto 2.1 da sentença), fato diverso daquele pelo qual a ré está sendo condenada.”

No respeitante às movimentações envolvendo G.P.G. e L.F.G., con-substanciam, também, situações caracterizadoras da gestão fraudulenta.

Não há reparo a fazer na completa e consistente análise dos fatos pelo juízo de primeiro grau.

Colaciono os pertinentes trechos da sentença nos quais são examinadas as imputações:

“(i) *Movimentações na conta de G.P.G.*

A denúncia destaca que, dentre as contas irregularmente movimentadas pelo réu B.S.P., está a de G.P.G. (nº [omissis]).

Conforme a narrativa acusatória, B.S.P. abriu a conta de G.P.G. e incluiu limites de cheque especial e CDC com base em renda não comprovada, sem exigir os documentos complementares recomendados pelo banco, definindo, dessa forma, perfil socioeconômico incompatível com a real capacidade de pagamento do cliente. Em seguida, efetuou transferências a partir dessa conta, gerando excesso sobre limite. Para regularizar a situação, B.S.P. efetuou créditos nessa conta a partir de débitos da conta de investimento de G.P.G., a qual não possuía aplicações, revertendo a operação no dia seguinte, de modo que a conta voltou a apresentar excesso sobre limite. B.S.P. também teria autorizado e autenticado um aviso de débito da conta de G.P.G., depositando o valor debitado nas contas de suas filhas C.C.P. e B.C.P., gerando excesso sobre limite na conta de G.P.G. Para encobrir o excesso, B.S.P. efetuou crédito na conta em contrapartida a débito na conta de investimento, a qual não possuía aplicações, revertendo a operação dias depois. B.S.P. teria feito, ainda, duas operações de débitos e créditos entre as contas de G.P.G. e L.F.G., restando a conta de G.P.G. em excesso sobre limite, a qual foi lançada em CA/CL pelo valor de R\$ 5.012,72 em 11.05.2009.

(...)

G.P.G. foi ouvido apenas em sede policial, o Ministério Público Federal tendo desistido de sua oitiva em juízo em função de sua não localização. Perante a autoridade policial, G.P.G. afirmou que, à época dos fatos, tinha intenção de adquirir uma casa própria, tendo recebido de seu primo L.F.G. a indicação de contatar B.S.P., seu conhecido da agência da CEF na Praça da Alfândega, para abertura de uma conta. Agendou uma reunião com B.S.P. no posto de atendimento da CEF no TRT4 e, após falar com o gerente, optou por abrir uma conta e pedir um empréstimo. Relatou que *'pediu um empréstimo de aproximadamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais), porém, não retirou todo esse dinheiro, tendo de dividir o valor com o próprio gerente; QUE, portanto, somente sacou a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), os quais foram utilizados para pagar o débito que tinha com o cartão de crédito da própria CEF; QUE, nessa época, seu salário girava em torno de R\$ 2.000,00 (dois mil reais); QUE, além dessa operação de empréstimo e posterior saque, acredita que não tenha feito outras movimentações relevantes, pois não era essa sua conta principal; QUE jamais autorizou o gerente B.S.P. a movimentar sua conta bancária, transferindo valores para familiares deste'*. Disse ter comentado com L.F.G. que B.S.P. ficara com parte do valor do empréstimo, mas ele *'não falou nada'*, orientando-o que procurasse B.S.P., o qual, por sua vez, lhe disse que iria *'ver essa situação depois'*. Assinalou que, *'algum tempo depois, B.S.P. esteve na academia VIP procurando o DECLARANTE, sendo que, na oportunidade, solicitou que o DECLARANTE assinasse os documentos referentes a umas transferências que havia feito em sua conta bancária; QUE a movimentação em questão não havia sido autorizada pelo DECLARANTE, sendo que, ao ver os valores envolvidos, chegou a se assustar, pois era algo em torno de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ou R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)'*. Afirmou que quando questionou B.S.P., ele limitou-se a dizer que *'não teria qualquer problema para o DECLARANTE e que ele já teria resolvido, necessitando apenas de sua assinatura'*. Apontou, ainda, que B.S.P. estava assustado e disse-lhe que perderia o emprego caso não assinasse os documentos, os quais acabou por assinar. Pediu um extrato de sua conta a B.S.P., mas este não lhe forneceu o documento (IPL, e. 22, DEPOIM_TESTEMUNHA2).

Quando ouvido no bojo do procedimento administrativo disciplinar no âmbito da CEF, no dia 23.05.2011, B.S.P. disse não recordar ao certo como G.P.G. e L.F.G. abriram uma conta no PAB, acreditando que algum deles tivesse valores a receber no posto de atendimento. Disse também não se recordar das transferências efetuadas no dia 27.02.2009 da conta titulada por G.P.G. para as contas de B.C.P. e C.C.P., ressaltando que nem ele, nem suas filhas possuíam dívidas com G.P.G. Asseverou, ainda, não se recordar de ter criado valor escritural nas contas de G.P.G. ou L.F.G. para encobrir adiantamento a depositantes ou excesso sobre limite (IPL, e. 1, OUT17, p. 15).

Inquirido em sede policial, B.S.P. apresentou versão diversa para as movimentações na conta de G.P.G. Afirmou que, em abril de 2008, acatou um cheque no valor de R\$ 29.000,00 no interesse de L.F.G., seu cliente desde a época em que trabalhava na agência Praça da Alfândega. Em razão da inadimplência deste, foi obrigado a cobrir o valor. Tentou cobrar L.F.G. em diversas ocasiões, mas tinha dificuldades de localizá-lo. Em certa ocasião, L.F.G. disse-lhe que seu cunhado G.P.G. teria um FGTS a receber, valor esse que seria usado para quitar a dívida, razão pela qual foi aberta a conta corrente no PAB em nome de G.P.G. Quanto à avaliação de crédito de G.P.G., afirmou que *'somente lançou no sistema os dados que possuía'* e que *'a renda havia sido comprovada à época por G.P.G.'*. Questionado quanto às operações de crédito efetuadas no dia 29.12.2008 na referida conta, originadas

da conta investimento que não possuía aplicações, disse *‘que agiu dessa forma única e exclusivamente para não perder pontuação e metas exigidas pela instituição financeira’*, sustentando que a situação não gerou prejuízo à CEF, pois o registro de débito permaneceu em aberto, sendo apenas direcionado para outra conta do mesmo cliente. Explicou que L.F.G. posteriormente lhe entregou um cheque de terceiro no valor da dívida, o qual foi estornado, dizendo acreditar *‘que esse tenha sido o motivo que ocasionou a transferência de recursos realizada da conta de G.P.G. para as contas de suas filhas em 27 de fevereiro de 2009, pois o INTERROGADO necessitava dos recursos e não tinha onde obtê-los’*. Assegurou, contudo, que a operação foi efetuada mediante autorização de G.P.G. e L.F.G., cujos débitos foram posteriormente adimplidos com *‘saques realizados por L.F.G. e pelo jogador C.A.F.S. de recursos que ambos possuíam e que estavam vinculados a aplicações em previdência, bem como de transferências realizadas da conta de C.A.F.S. para G.P.G.’* (IPL, e. 16, AUTO_QUALIFIC2).

Em juízo, B.S.P. apresentou relato semelhante para os fatos, afirmando que o cheque sem fundos que originou a dívida de L.F.G. havia sido debitado na conta de C.A.F.S. Reiterou, ainda, que as transferências de valores para as contas das filhas foram feitas para garantir o pagamento dessa dívida de L.F.G. (e. 501-507):

(...)

Em sede policial, C.A.F.S. disse ser jogador de futebol profissional. L.F.G. era seu empresário e detinha procuração para administrar suas contas bancárias no Brasil. Declarou ter aberto uma conta no PAB TRT em razão de aquela agência ser mais tranquila em relação ao movimento de pessoas e por conhecer B.S.P., gerente de sua conta na agência da CEF localizada no Centro de Porto Alegre. No mais, garantiu nunca ter dado autorização para L.F.G. transferir valores para a conta de familiares de B.S.P., nada referindo sobre existência de dívida com este (IPL, e. 28, DEPOIM_TESTEMUNHA2). Em juízo, afirmou não recordar ao certo o período em que manteve a conta na CEF, reiterando, no mais, suas declarações (e. 157, VÍDEO5).

L.F.G. também foi ouvido apenas em sede policial. Disse ser empresário de C.A.F.S. e sócio-administrador da Academia Vip Bela Vista, onde seu primo G.P.G. trabalhou como gerente administrador, auferindo salário de cerca de R\$ 2.000,00. Afirmou ter sido o responsável por apresentar o primo a B.S.P., gerente de sua conta corrente na agência Praça da Alfândega e de uma conta poupança aberta no PAB TRT. No mais, em relação aos fatos ora em exame, limitou-se a declarar que *‘teve participação nas movimentações bancárias realizadas na conta de seu primo G.P.G., haja vista que transferia valores para a conta deste objetivando o pagamento de algumas despesas’*. Asseverou, por fim, nunca ter tido qualquer tipo de negócio com B.S.P. (IPL, e. 29, PRECATORIA3).

Pois bem.

De início, observo que a avaliação de crédito de G.P.G. foi preenchida pelo técnico bancário A.R.S. (IPL, e. 1, OUT 13, p. 20), o que, contudo, não é suficiente para afastar a responsabilidade do réu em relação aos fatos denunciados.

É indubitoso que a renda inserida no sistema não condiz com a verdadeira. O próprio G.P.G. afirmou à autoridade policial que sua renda à época dos fatos era de cerca de R\$ 2.000,00, o que é corroborado pelas declarações de L.F.G. e pelo contracheque apresentado à CEF quando da abertura da conta, que registra remuneração líquida de R\$ 1.643,00 (e. 1, OUT13, p. 25). À margem do referido documento, aliás, há a anotação manuscrita *‘2500, – inform’*, sem indicação de autoria.

A.R.S. foi ouvido em juízo como testemunha da acusação (e. 157, VÍDEO7) e, questionado, afirmou que só inseria renda informal no sistema quando ela era embasada por Decore ou por declaração de imposto de renda, ressaltando que não realizava entrevistas com os clientes e que os documentos eram arquivados em um dossiê. Em juízo, A.S., presidente da comissão, referiu que, até 2010, a renda informal deveria ser embasada em entrevista do cliente com o gerente conessor e em um formulário em que o gerente atestava a veracidade da renda informada, além de extratos bancários ou outros documentos, os quais não foram localizados nas operações examinadas (e. 157, VÍDEO3).

Uma vez que A.R.S. era subordinado ao réu na agência bancária, que a efetiva concessão do crédito era feita pelo gerente e que B.S.P. assinou a ficha de abertura de conta corrente na qual constava renda de R\$ 4.143,27 sem documentação que a embasasse, não há como afastar a responsabilidade do acusado, especialmente considerando que se beneficiou diretamente da aprovação de limite de crédito superior à real capacidade financeira de G.P.G. As declarações do réu, aliadas aos extratos da conta de G.P.G. e ao depoimento deste em sede policial, demonstram, uma vez mais, que B.S.P. se aproveitou de sua função de gerente e de seu acesso a sistemas internos da CEF para realizar transferências bancárias com a finalidade de satisfazer interesses pessoais, sem autorização do cliente e sem que a conta possuísse saldo compatível com as movimentações realizadas, o que gerou prejuízo à instituição financeira.

A incongruência das próprias declarações do réu impede a formação de conclusão diversa. Ao ser ouvido no procedimento administrativo, B.S.P. disse nada recordar a respeito das movimentações realizadas na conta de G.P.G. No inquérito policial, passou a dizer que a conta de G.P.G. foi aberta para que ele recebesse recursos do FGTS e adimplisse dívida de L.F.G., da qual era credor, originada do acatamento de um cheque sem provisão de fundos, que acarretou sua responsabilidade pessoal perante a CEF. Apesar disso, admitiu ter realizado transferências cíclicas entre as contas corrente e de investimento de G.P.G., que não possuíam saldo, ‘para não perder pontuação e metas exigidas pela instituição financeira’. Confirmou, ainda, ter realizado a transferência de recursos da conta de G.P.G. para as de suas filhas, sem que a primeira tivesse saldo suficiente, em razão de ter recebido outro cheque sem fundos de L.F.G. e por necessitar de recursos e não ter onde obtê-los. Em juízo, disse que a dívida se originou no contexto da abertura da conta de C.A.F.S. e que L.F.G. iria lhe pagar por meio de depósitos na conta de G.P.G. – sem explicar a razão para isso –, a qual ‘acabou ficando estourada’. Admitiu, novamente, que os débitos foram ‘artifícios’ por ele utilizados, que ‘acabou se perdendo na situação’ porque seus devedores não honraram o pagamento.

Tais fatos demonstram que B.S.P. exercia a gerência da agência de forma fraudulenta, realizando transferências cíclicas em contas sem saldo bancário a fim de executar dívidas das quais era credor de forma forçada, o que certamente não se pode considerar esteja no âmbito de atuação de um gerente. Ao mesmo tempo, com tal agir, o réu ocultava dados de inadimplência da agência, evitando impacto negativo na avaliação da unidade e, assim, se automprovidendo dentro da instituição financeira.

A versão de que tais transferências foram autorizadas pelos clientes, uma vez mais, restou isolada. Nenhuma autorização foi trazida aos autos e, tal qual E.M.M., M.K. e J.O.S.M., G.P.G. afirmou em sede policial que não autorizou as movimentações realizadas em sua conta, referindo ter sido procurado posteriormente por B.S.P., o réu lhe tendo dito que seria

demitido da CEF caso não assinasse as autorizações. Ou seja, eventual autorização, que deveria ser prévia, foi colhida pelo réu apenas após a instauração do procedimento administrativo disciplinar que culminou na sua demissão, mais de um ano após a realização das operações. Por fim, não há qualquer explicação razoável para o fato de L.F.G. pagar B.S.P. por meio de depósitos na conta de G.P.G., e não de forma direta, ou para o réu não se ter utilizado dos meios legais para cobrar L.F.G.

Assim, tenho que a conduta narrada na denúncia em relação às movimentações realizadas na conta de G.P.G. demonstram a prática do crime de gestão fraudulenta por parte de B.S.P.

(ii) Movimentações na conta de L.F.G.

A denúncia destaca que, dentre as contas irregularmente movimentadas pelo réu B.S.P., está a de L.F.G. (nº [omissis]).

Conforme a narrativa acusatória, B.S.P. abriu a conta poupança de L.F.G. em 13.10.2008, na qual, em 14.10.2008, foi efetuado depósito de cheque no valor de R\$ 29.800,00. No mesmo dia, B.S.P. efetuou a operação de ‘crédito autorizado só agência’ no valor de R\$ 8.000,00, o que permitiu a realização de débito autorizado no valor de R\$ 7.798,66. O cheque foi estornado em 15.10.2008, implicando o lançamento de conta acerto no valor de R\$ 7.798,66, regularizado por B.S.P. em 17.10.2008, ao efetuar crédito de R\$ 3.678,20 referente a resgate de PREV e de R\$ 585,61 e R\$ 3.534,85, ambos debitados da conta [omissis], de C.A.F.S. Finalmente, em 23.12.2008, B.S.P. transferiu R\$ 3.415,00 da conta de L.F.G. para a conta de sua filha C.C.P.

(...)

L.F.G. foi ouvido apenas em sede policial, o Ministério Público Federal tendo desistido de sua oitava em juízo em função de sua não localização. Perante a autoridade policial, L.F.G. afirmou ser empresário de jogador de futebol e sócio-administrador da Academia Vip Bela Vista, de propriedade de seu pai. Afirmou conhecer B.S.P., gerente da agência Praça da Alfândega da Caixa, onde é titular da conta nº [omissis] há quinze anos, mantendo com ele uma relação de ‘gerente/cliente’. Confirmou ter aberto uma conta poupança no PAB TRT, em razão da transferência de B.S.P. para a gerência daquele posto bancário, não recordando o número da conta. Assegurou que B.S.P. não teve qualquer influência nessa decisão, que foi feita em razão do atendimento prestado por ele como gerente de sua conta. Disse não recordar se utilizara ou não a referida conta para obter empréstimo ou financiamento na CEF, referindo que realiza tais operações na agência Praça da Alfândega. Asseverou que nunca percebeu movimentações em sua conta que não tenham sido autorizadas, tampouco soube de movimentações atípicas nas contas de G.P.G. e de C.A.F.S. Disse não recordar de ter aberto conta bancária no PAB no dia 13.10.2008 ou apresentado um cheque no valor de R\$ 29.800,00, ‘recordando-se de que era normal o recebimento de cheque durante suas transações como empresário; QUE não recorda se referido cheque foi estornado dois dias depois do depósito’. Afirmou igualmente não recordar se foram ou não utilizados recursos de C.A.F.S. para cobrir o débito, asseverando que ‘todas as transações financeiras o declarante possuía poder para executá-las, haja vista ter poderes outorgados em procuração’. Quanto às transferências de valores a partir de sua própria conta, disse que ‘se recorda da transferência do valor de R\$ 3.415,00 de sua conta bancária para a conta de C.C.P., filha do gerente B.S.P., mas não recorda qual a razão dessa transferência’. Por fim, asseverou não se ter beneficiado com nenhuma movimentação realizada em sua conta, na de C.A.F.S. ou na de G.P.G. e não ter qualquer

tipo de negócio com B.S.P. além de empréstimos por ele agenciados na agência Praça da Alfândega da CEF (IPL, e. 29, PRECATORIA3).

Quando ouvido no bojo do procedimento administrativo disciplinar no âmbito da CEF, no dia 23.05.2011, B.S.P. disse não recordar ao certo como G.P.G. e L.F.G. abriram uma conta no PAB, acreditando que algum deles tivesse valores a receber no posto de atendimento. Asseverou, ainda, não se recordar de ter criado valor escritural na conta de L.F.G. para encobrir adiantamento a depositantes ou excesso sobre limite (IPL, e. 1, OUT17, p. 15).

Inquirido em sede policial, em 31.01.2013, B.S.P. relatou que L.F.G. era seu cliente desde a época em que trabalhava na agência Praça da Alfândega e que, em abril de 2008, fez o acatamento de um cheque no valor de R\$ 29.000,00 em seu interesse. Em razão da inadimplência de L.F.G., foi obrigado a cobrir o valor perante a CEF. Tentou cobrar L.F.G. em diversas ocasiões, ‘porém, não era fácil localizá-lo’. L.F.G. então propôs pagar-lhe a dívida com valores que seu cunhado G.P.G. receberia, este tendo aberto uma conta no PAB com tal finalidade. Afirmou que ‘G.P.G. e L.F.G. pretendiam fazer uma operação de financiamento de um veículo, porém, como a operação era muito frágil, o INTERROGADO não a autorizou’. Relatou que L.F.G. lhe entregou, então, um cheque de terceiro no valor da dívida, o qual foi estornado, dizendo acreditar ‘que esse tenha sido o motivo que ocasionou a transferência de recursos realizada da conta de G.P.G. para as contas de suas filhas em 27 de fevereiro de 2009, pois o INTERROGADO necessitava dos recursos e não tinha onde obtê-los’. Assegurou, contudo, que a operação foi efetuada mediante autorização de G.P.G. e L.F.G., cujos débitos foram posteriormente adimplidos com ‘saques realizados por L.F.G. e pelo jogador C.A.F.S. de recursos que ambos possuíam e que estavam vinculados a aplicações em previdência, bem como de transferências realizadas da conta de C.A.F.S. para G.P.G.’. Referiu que L.F.G. era procurador ou empresário de C.A.F.S. e que as operações foram realizadas com o consentimento deste (IPL, e. 16, AUTO_QUALIFIC2).

Em juízo, como já visto, B.S.P. explicou as operações realizadas nas contas de L.F.G. e de G.P.G. de forma diversa. Disse que C.A.F.S., ao retornar do Japão, abriu uma conta pessoa jurídica na agência Praça da Alfândega, quando ainda era gerente daquela unidade. Na operação, foi obrigado a cobrir um cheque sem provisão de fundos alcançado por L.F.G., empresário de C.A.F.S., no valor de R\$ 27.000,00. Posteriormente, quando já estava no PAB, L.F.G. ofereceu recursos depositados na conta de G.P.G. para pagamento, mas não pagou tudo o que devia, o que fez com que efetuasse débitos na conta de G.P.G. a partir do sistema interno da Caixa, transferindo valores para as contas de suas filhas como parte de seu pagamento. Questionado sobre a transferência de R\$ 3.450,00 da conta de L.F.G. para a de sua filha C.C.P., confirmou que também foi feita para garantir o pagamento da dívida de L.F.G. Por fim, afirmou nunca ter demandado C.A.F.S. ou L.F.G. judicialmente, em que pese ainda estar na posse do cheque.

Em sede policial, C.A.F.S. disse ser jogador de futebol profissional. L.F.G. era seu empresário e detinha procuração para administrar suas contas bancárias no Brasil. Declarou ter aberto uma conta no PAB TRT em razão de aquela agência ser mais tranquila em relação ao movimento de pessoas e por conhecer B.S.P., gerente de sua conta na agência da CEF localizada no Centro de Porto Alegre. No mais, garantiu nunca ter dado autorização para L.F.G. transferir valores para a conta de familiares de B.S.P., nada referindo sobre existência de dívida com este (IPL, e. 28, DEPOIM_TESTEMUNHA2). Em juízo, demonstrou não ter pleno conhecimento sobre a época em que manteve conta na CEF e sobre as movimentações

efetuadas em sua conta, referindo que morava no Japão à época e deixou uma procuração autorizando que L.F.G. administrasse sua conta (e. 157, VÍDEO5):

(...)

Como se percebe, os relatos de B.S.P., L.F.G. e C.A.F.S. são nebulosos e evasivos, além de incoerentes entre si. Na primeira vez em que ouvido a respeito dos fatos, B.S.P. disse não se recordar do contexto em que L.F.G. abriu a conta corrente no PAB. Nas oportunidades posteriores, passou a dizer que as operações efetuadas nas contas de G.P.G. e L.F.G. foram feitas para garantir o pagamento de uma dívida da qual era credor de L.F.G., por ter acatado um cheque sem provisão de fundos que não foi adimplido. Não se sabe, contudo, se a conta que restou com saldo insuficiente foi a do próprio L.F.G. ou a de C.A.F.S., quando da abertura de uma conta de pessoa jurídica em outra agência. De qualquer forma, nem C.A.F.S., nem L.F.G. mencionaram esse episódio em seus depoimentos. Em um dos relatos, B.S.P. disse que L.F.G. lhe entregou outro cheque como forma de pagamento, o qual igualmente não possuía fundos.

A denúncia descreve e os extratos demonstram que houve o depósito de um cheque no valor de R\$ 29.800,00 na conta de L.F.G., no dia 13.10.2008, estornado no dia 15.10.2008. Conforme o relato de B.S.P., contudo, o cheque que originou a dívida era datado de abril de 2008. E o segundo cheque presente na versão dada à autoridade policial, por certo, não seria depositado na conta de L.F.G., e sim entregue a B.S.P. Como visto, o relato de B.S.P. não é compatível com as movimentações demonstradas nos extratos das contas. L.F.G., em seu único depoimento, nada esclareceu sobre a questão dos cheques, mas disse se recordar da transferência feita para a conta de C.C.P., não prestando maiores informações sobre a questão, o que gera dúvida sobre se a transferência foi ou não autorizada.

Chama a atenção, ainda, que as contas de L.F.G. e C.A.F.S. objeto das movimentações descritas na denúncia foram abertas no posto de atendimento do TRT na mesma data, 13.10.2008. Não há notícia, contudo, de que algum deles possua algum vínculo com a Justiça do Trabalho que justifique a abertura da conta no PAB, especialmente considerando que os dois eram titulares de contas na agência Praça da Alfândega, presumidamente com maior capacidade de atendimento que o posto do TRT, conforme se extrai das declarações do próprio B.S.P. Ademais, C.A.F.S. não assinou a ficha de abertura da conta corrente, aberta, conforme observação inserida pelo réu B.S.P., por solicitação telefônica. C.A.F.S., contudo, nada referiu sobre a abertura dessa conta no ano de 2008, no qual, afirmou, estava trabalhando no Japão.

O contexto delineado é suspeito e indica que as movimentações efetuadas na conta de C.A.F.S. foram realizadas sem seu conhecimento e sua autorização, podendo-se cogitar, inclusive, de conluio entre L.F.G. e B.S.P., o que, contudo, não encontra confirmação categórica nos autos. De qualquer forma, não há, como nas operações antes analisadas, qualquer documento que demonstre que L.F.G. tenha autorizado as operações realizadas em sua conta, que revelam, uma vez mais, a utilização de artifícios para evitar responsabilidade gerencial e satisfazer interesses pessoais. Destaco, neste sentido, que o próprio B.S.P. afirmou ter feito a transferência para a conta de sua filha C.C.P. como pagamento da suposta dívida (que igualmente não foi comprovada nos autos) sem conhecimento do titular da conta.

Pelo exposto, entendo aqui também configurada a prática do crime de gestão fraudulenta por parte do réu B.S.P.”

Nos termos da fundamentação desenvolvida pelo juízo sentenciante, à qual adiro e que adoto como razões de decidir, foi demons-

trada a ocorrência do delito de gestão fraudulenta por parte do apelante B.S.P.

*No que diz com o reiterado pleito de que seja apurado por perícia o volume das operações, o número de transações (operações), como se disse nas linhas acima, é despiciendo. O ilícito não requer a existência/comprovação do *quantum* do eventual dano.*

Em que pese isso, observo que as condutas pelas quais o réu restou condenado dizem com a realização de triangulações cruzadas, nas quais valores de crédito ilegitimamente concedidos propiciaram, pela via da múltipla circulação, durante o *iter* procedimental da consumação do delito, que fossem originadores de múltiplos lançamentos, múltiplas operações de débito e crédito.

Aponto, ainda, que créditos escrituralmente/contabilmente criados pelo réu propiciaram a “criação” artificiosa de recursos que o apelante confessadamente pôs a circular entre contas que operava individualmente, artificialmente creditando em contas (dentro dos prazos em que as contas poderiam ficar em adiantamento a depositantes), as quais eram debitadas, geravam créditos, que circulavam como débitos, e assim sucessivamente.

Foi por isso, por constituir a conduta o próprio mecanismo de criar artificialmente um crédito e colocá-lo a circular, que foi possível ao réu B.S.P. manter as transações por largo tempo.

A propósito disso, apenas para ilustrar como um valor de crédito rotativo pode gerar múltiplos lançamentos e, se tomados individualmente, expressivo número de movimentações e de montante de valor, apanho a situação dos lançamentos realizados, a crédito e a débito, na conta de titularidade da corré M.K.

A partir do relatório conclusivo da Caixa Econômica Federal, *evento 1 – OUT18 e OUT19* do inquérito policial, observa-se que:

i) em 20.11.2009, às 14h22min42s, o réu incluiu CROT sem caução, no valor de R\$ 2.000,00, na conta de M.K.;

ii) em 17.05.2010, o réu realizou três transferências de valores (R\$ 150,00, R\$ 147,30 e R\$ 150,00) a crédito para M.K., originadas das contas da corré E.M.M. e da pessoa jurídica EJM;

iii) em 21.05.2010, o réu fez crédito de R\$ 500,00, originado da EJM, na conta de M.K.;

iv) em 01.06.2010, às 18h55min21s, o réu fez uma transferência de valores (a débito) de R\$ 1.110,00 na conta titularizada por M.K. (p. 16 do *evento 1 – OUT18*);

v) no dia 16.06.2010 (p. 1, *evento 1 – OUT19*), o réu creditou R\$ 2.500,00 na conta de M.K., originados (provenientes) da conta da EJM;

vi) em 23.06.2010, o réu fez débito nessa conta, no valor de R\$ 200,00, creditando tal valor na conta da EJM.

Note-se que, sendo o primeiro movimento da lista de ocorrências que alude a M.K., depreende-se que tal conta, aberta com crédito de R\$ 2.000,00 de crédito rotativo, recebeu crédito de R\$ 3.447,30 (R\$ 150,00, R\$ 147,30, R\$ 150,00, R\$ 500,00 e R\$ 2.500,00) e débito de R\$ 1.310,00 (R\$ 1.110,00 e R\$ 200,00) e apresentava um saldo de R\$ 2.757,30.

Um dia depois do anterior lançamento:

vii) em 24.06.2010, às 12h56min53s, mesmo diante do saldo estimado acima – R\$ 2.757,30 –, o réu apelante realizou uma transferência a débito, no valor de R\$ 11.000,00, que fez creditar na conta de E.A.P.J.

Essa análise dos nove primeiros lançamentos na conta de M.K., partindo de um crédito rotativo de R\$ 2.000,00, permite concluir que, num cenário de estimado saldo de R\$ 2.757,30, o réu executou um crédito de R\$ 11.000,00 para E.A.P.J.

Veja-se que o próximo lançamento nessa conta de titularidade de M.K. foi:

viii) em 01.07.2010, às 17h21min42s, o lançamento de um crédito de R\$ 11.800,00, tendo como origem a conta de E.A.P.J.

Depreende-se, então, que, partindo de um lançamento de crédito rotativo sem caução de R\$ 2.000,00, a conta de M.K., em dez movimentos realizados pelo réu B.S.P., em menos de oito meses, movimentou R\$ 15.247,30 a crédito e R\$ 12.310,00 a débito.

Assento que, examinando as operações listadas no relatório conclusivo da CEF, *evento 1 – OUT18 e OUT19*, verifiquei os 37 lançamentos a débito na conta titularizada por M.K., que geraram créditos da ordem de R\$ 597.574,96, em favor de E.A.P.J., E.M.M., C.C.P., J.O.S.M. e EJM Construtora e Incorporadora Ltda.

Constatai também que, durante o período, com base na mesma fonte, pela conta de M.K., a crédito, transitou o montante de R\$ 509.309,30:

R\$ 2.000,00 oriundos de CROT sem caução; R\$ 23.450,00, de E.M.M.; R\$ 206.777,30, da EJM; R\$ 11.970,00, de E.A.P.J.; R\$ 262,084,00, de J.O.S.M.; e R\$ 5.028,00, de C.C.P.

Resumida e analiticamente, conclui-se que na conta aberta com CROT sem caução de R\$ 2.000,00 transitaram, em dezenas de transações, R\$ 509.309,30 como crédito e R\$ 597.574,96 como débito, cuja diferença – R\$ 88.265,66 – é consentânea com o valor do saldo devedor apresentado em 06.06.2011 – R\$ 88.323,27 – e não destoa do valor atribuído ao saldo devedor relativo ao contrato [*omissis*], de R\$ 1.869,12, o que afasta a suspeição que o réu renova em apelação acerca da consistência dos dados consolidados no relatório conclusivo da CEF.

Afastadas as teses recursais apresentadas, é de ser negado provimento ao apelo de B.S.P.

Apelação do Ministério Público Federal

Em relação ao réu B.S.P.

Desacolho a pretensão ministerial no sentido de valorar negativamente a vetorial culpabilidade do réu B.S.P. Os anos de serviço do réu e o seu adquirido conhecimento levaram-no à posição de gestor do PAB/TRT4 e puseram-no na condição de poder praticar o delito de gestão fraudulenta.

Considero, então, que os conhecimentos e a experiência são ínsitos ao nível da função desempenhada – para o caso dos autos, só o réu B.S.P., então gerente do PAB/TRT4, poderia acatar lançamentos e deixar clientes em adiantamento a depositantes, e ninguém mais. Por isso, porque a alçada exigida para praticar o delito – pela via do adiantamento a depositantes – é dada pelo cargo/função à época exercido pelo réu, tenho que não é o caso de negar a vetorial, sob pena de dupla consideração negativa do conhecimento e da experiência do réu. Isso porque o conhecimento e a experiência são exigência e pressuposto para o desempenho das funções que ocupou, o que, entendo, vem a reboque da condição de gestor, e cujo peso se encontra já incorporado na pena mínima para delito de gestão fraudulenta. Valorar negativamente o conhecimento e a experiência na vetorial culpabilidade implicaria injustificada duplicidade.

A acusação postula, também, que o *quantum* aritmético da vetorial seja elevado. Vê-se que o juízo *a quo* negativou duas vetoriais do art. 59

em relação ao réu, fixando a pena-base, na primeira fase da dosimetria, em 15 (quinze) meses, o que representa um *quantum* de 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias para cada uma delas.

Levando em conta, ainda, que a realização da dosimetria da pena não está adstrita a rigorosos patamares aritméticos, reconhecendo-se ao magistrado certa margem de discricionariedade, não vislumbro desarrazoado o *quantum* da vetorial utilizada, por sua vez compatível com o delito, cujas penas vão de 3 a 12 anos de reclusão.

Da jurisprudência do STF: “a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação de pena” (HC 107.409/PE, 1ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.04.2012, DJe-091, 09.05.2012).

Deixo de acolher a tese da acusação.

Postula o MPF, ainda, que o *quantum* considerado para valorar a atenuante da confissão espontânea seja reduzido, se não acolhido o pleito de desconsiderar a confissão.

É preciso considerar que o réu não negou os fatos que lhe foram imputados, admitiu-os, entretanto, procurando agregar causas nobres para as imputadas condutas (não perder clientes, resolver problemas, ajudar as pessoas), sem deixar de confessar que praticou os fatos para não deixar estourar nenhum prazo, evitar a sua responsabilização pessoal e enfrentar a sua situação de endividamento pessoal.

Na linha da jurisprudência colacionada pela Procuradoria Regional da República e da Súmula 545 – STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal”.

Desacolho a tese da acusação.

Quanto ao pleito de incrementar a prestação pecuniária imposta ao réu B.S.P., não vislumbro motivo para seu acolhimento.

Retira-se dos autos que o réu foi demitido antes de implementar o tempo para aposentadoria, fazendo com que tivesse que contar com auxílio de amigos para integralizar tempo de serviço para a inativação remunerada. O patrimônio do réu, um apartamento de valor estimado de R\$ 500.000,00, que se constitui, alegadamente, como o único bem do réu, já que declarou que não mais possui carro, num contexto de 31

anos de serviço como técnico bancário, com cônjuge trabalhando e com duas filhas adultas, cuja formação teria sido custeada em universidade privada (PUC), não se constitui em expressivo patrimônio capaz de enajar o incremento do valor da prestação pecuniária, que reputo adequadamente fixada em face das condições econômicas do réu.

Em relação ao réu L.P.L.B.

Em relação ao pleito ministerial de incremento do *quantum* da vetorial valorada negativamente, *tem razão o Ministério Público Federal*. A reconhecida discricionariedade do magistrado na fixação do peso de cada vetorial não afasta a busca de coerência interna do processo no que diz com a fixação do mesmo *quantum* de desvalor para a vetorial atinente a um mesmo delito. Nesse contexto, tenho que é desaconselhável que, num mesmo processo, para um mesmo delito, para réus diferentes, o *quantum* da vetorial seja discrepante.

Considerando que, em relação ao réu B.S.P., as vetoriais avaliadas desfavoravelmente foram quantificadas em 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias cada uma delas, também por questão de coerência interna do processo, é de ser acolhido o recurso ministerial, no ponto, para elevar a pena-base de L.P.L.B. para 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Relativamente ao pleito de aplicação da agravante do art. 62, II, *e*, do CP, crime cometido contra irmão, é de ser desacolhido.

As circunstâncias fáticas, inclusive as próprias atitudes dúbias e contraditórias de H.L.B., impedem que este possa ser considerado vítima do irmão L.P.L.B.

As conclusões do juízo de primeiro grau acerca da operação envolvendo H.L.B. e L.P.L.B. captam a circunstância de que H.L.B. não pode ser tido como vítima do seu irmão L.P.L.B., isso porque,

“em juízo, H.L.B. reiterou que o empréstimo tinha como finalidade a compra de maquinário para exercer sua atividade de serralheiro, que o pedido fora feito em 2009 e que a liberação do crédito ‘ficou atrasada’, razão pela qual ‘não deu pra fazer nada’. Questionado, disse não ter tido acesso aos valores, mas, desta feita, *confirmou que os recursos foram efetivamente disponibilizados, referindo que seu irmão ‘pegou e assumiu por mim’*. afirmou ter assinado um documento autorizando L.P.L.B. a ‘assumir esse dinheiro’. Disse que *L.P.L.B. emprestou a metade do dinheiro para B.S.P., não sabendo dizer se eles eram amigos ou o motivo para que tal empréstimo tenha ocorrido*. Indagado se fora enganado, disse que seu irmão lhe avisara antes que emprestaria o dinheiro, ele tendo concordado com o negócio.”

O conhecimento de H.L.B. acerca da operação, a concordância com o “empréstimo” a B.S.P. de parte do dinheiro liberado e a fruição de parte do recurso não possibilitam compreender a posição de H.L.B. como de vítima de seu irmão.

Em relação às rés E.M.M. e M.K.

É de ser provido o recurso do Ministério Público Federal no ponto. Pelo que já se disse acima, em relação ao corrêu L.P.L.B., para que o julgado ostente coerência interna, acolho o pleito ministerial para elevar as penas-base das corrés E.M.M. e M.K. para 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em face da negativa valoração da vetorial consequências.

Em relação ao réu J.O.S.M.

Deixo de acolher o pleito ministerial no sentido de condenar o réu J.O.S.M., que restou absolvido.

Desacolho o apelo do Ministério Público Federal em razão de que, para além da circunstância de que efetivamente não houve, na descrição fática da denúncia, menção ao contrato – em que pese constar do IPL –, remanesce a conclusão de que não restou comprovada a locação, independentemente da controvérsia que sobre a falsidade desse contrato poderia ter sido instaurada.

Deixo de acolher a tese da acusação.

Princípio da consunção

Busca o Ministério Público Federal a reforma da sentença para o fim de que o delito do art. 5º da Lei 7.492/96, apropriação/desvio, deixe de ser absorvido, pela consunção, pelo crime de gestão fraudulenta previsto no art. 4º da Lei 7.492/86, pleiteando a condenação do réu B.S.P. pelo delito do art. 5º, *caput*, da Lei 7.492/86, em concurso formal impróprio com o tipo do art. 4º.

Acerca da temática da consunção dos delitos do art. 5º pelo delito de gestão fraudulenta, já tive oportunidade de me manifestar em outra assentada.

Sobre o tema, Rodolfo Tigre Maia ensina:

“(...) esse art. 25 da Lei de Regência procurou, de certo modo, enfrentar a problemática da fixação da autoria nos crimes societários, explicitando os destinatários precípuos da responsabilidade penal no cometimento de ilícitos contra o sistema financeiro. O artigo

nomina os agentes (controladores e administradores – diretores e gerentes – da instituição, interventores, liquidantes, síndicos) *que, pelas características gerais dos ilícitos em estudo (em que a instituição é, muita vez, o veículo de sua prática), pelas especificidades das instituições financeiras (estruturas verticalizadas de poder, por força das vicissitudes de seu funcionamento, sujeitando-se a processos de intervenção, liquidação e falência) e, especialmente, pelos poderes de gestão de que estão investidos, normalmente serão os responsáveis pela prática dos crimes preconizados na Lei de Regência.*” (in *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Malheiros, 1999. p. 143)

Francisco de Assis Betti, por sua vez, na obra *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil* (Del Rey, 2000. p. 76-7), preleciona que “os crimes da Lei 7.492/86, como se observa, são crimes próprios porque exigem capacidade especial de seu autor, consubstanciada no poder de realizar ou determinar a realização do ilícito”.

Trata-se, pois, de conduta exclusiva de quem, além de possuir poder de gestão ou de administração, a saber, de disposição dos recursos financeiros da instituição, detém, por isso mesmo, a posse de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel pertencente, por óbvio, à instituição financeira que gerencia ou administra.

Em face da relação intrínseca dos fatos, é mister retomar a análise do tipo inserto no art. 4º da Lei dos Crimes contra o SFN.

A gestão fraudulenta também é considerada como crime de mera atividade.

Sobre o assunto, o magistério de Juliano Breda:

“O delito se consuma com a prática continuada de fraudes no exercício dos poderes de gestão, não bastando, como já se afirmou, a prática de apenas um ato fraudulento, principalmente pelo conceito do verbo ‘gerir’ (...). Se o resultado não é exigido, o crime inclui-se naquela categoria de delitos de mera atividade, em que a proibição típica reside em executar uma determinada ação, independentemente da produção do resultado natural. Dessa maneira, por consequência, o tipo em estudo pode também ser considerado de perigo. Como a descrição típica não faz menção à ocorrência do perigo, o crime o presume quando a gestão for fraudulenta. A punibilidade, assim, acaba antecipada a esse estágio prévio. A fraude não necessita obrigatoriamente lesionar um interesse patrimonial. O perigo de dano deve, sim, existir, mas não precisamente a um bem jurídico de titularidade individual (investidor).” (*Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86*. p. 120-121)

Conforme se observa, o resultado material – vantagem patrimonial indevida – não é elementar do tipo. O crime prescinde, para sua consumação, da superveniência de efetiva lesão ao patrimônio de instituição financeira e prejuízo dos investidores, poupadores ou assemelhados.

Ademais, a norma não incrimina o resultado naturalístico (obtenção de alguma vantagem patrimonial indevida) que porventura venha a ocorrer. É evidente, contudo, que a norma visa a tutelar a higidez da instituição e do próprio sistema financeiro, além da proteção patrimonial.

Nesse contexto, surge a seguinte dúvida: a obtenção de benefício patrimonial por B.S.P., no contexto dos autos, demandaria outra classificação penal (como a inscrita no art. 5º da Lei 7.492/86 – apropriação/desvio de valores), preenchendo assim tipicidade autônoma? Ou a punição por infração ao art. 4º, *caput*, da Lei LCSFN já seria resposta penal suficiente?

No ponto, trago à colação excerto de artigo publicado pelo professor da FGV Jorge Vicente Silva, que pondera o seguinte:

“(…) Quando tais delitos são perpetrados de forma autônoma e independente, sem que sejam praticadas as condutas conjuntamente com as específicas de gestão fraudulenta, não há maiores dificuldades em aferir a configuração de cada um desses ilícitos penais.

Entretanto, quando os agentes praticam as condutas relacionadas com esses dois tipos penais, ficamos diante de uma maior dificuldade para interpretação dessas normas.

Ou seja, quando o diretor, gerente, etc. executa condutas típicas de gestão fraudulenta (v.g., fraude a contabilidade da instituição financeira, ou outros documentos, a fim de viabilizar o desvio de valores) e consegue seu desiderato, que é a apropriação ou o desvio de valores, dinheiro, títulos ou bens móveis, qual interpretação deve ser dada às normas atrás citadas, haja vista que, em tese, foram praticadas essas duas modalidades de delitos (arts. 4º e 5º da Lei nº 7.492/86)?

Para resolver essa questão, devemos analisar os princípios de direito penal referentes à especialidade, à consunção (concurso aparente de normas) e à subsidiariedade, além da possibilidade de a(s) conduta(s) do agente, quanto ao delito de gestão fraudulenta, integrar(em) o próprio tipo penal, especialmente o de desvio de valores, dinheiro ou títulos.

O princípio da especialidade, segundo Nelson Hungria, ocorre quando ‘uma norma penal se considera especial em relação a outra (geral) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma especial condição (objetiva ou subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um *plus* ou *minus* de severidade. Desde que se realize tal condição (elemento especializante), fica excluída a aplicação da norma geral. O *typus specialis* substitui-se ao *typus generalis*’ (*Comentários ao Código Penal*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958).

A consunção, segundo esse mesmo autor, ‘deve ser reconhecida consumida por outra quando o crime previsto por aquele não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada na realização do malefício, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos aqui também não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim’ (ob. cit.).

Finalmente, ocorre o princípio da subsidiariedade quando ‘uma norma se diz subsidiária em relação a outra (principal): a) quando em seu próprio texto contém a cláusula de que sua aplicação está subordinada à não aplicação dessa outra (subsidiariedade expressa); b) quando o fato por ela incriminado entra como elemento componente ou agravante especial de fato incriminado pela outra norma, de modo que a presença do último exclui a simultânea aplicação da primeira’ (autor cit. e ob. cit.).

(...) Constatamos nos casos concretos que, em relação ao delito de desvio de importâncias da instituição financeira, há obrigatoriamente necessidade de que o agente realize condutas relacionadas com ilícitos de falso, acabando por executar ações vinculadas diretamente com o delito de gestão fraudulenta, enquanto o delito de apropriação de valores pode ser perpetrado sem outras condutas além daquelas previstas para essa modalidade de crime.

Isso porque, para que configure o delito de gestão fraudulenta, há necessidade de que o diretor, gerente, etc. pratique de forma concreta condutas que tenham em seu bojo a fraude. Por exemplo, subscrição de documentos falsos, adulteração da contabilidade da instituição, etc.

Também não é possível que haja desvio de valores, dinheiro ou títulos sem que tais pessoas, de alguma forma, executem condutas fraudulentas, as quais também tipificam delito de gestão fraudulenta.

Dessa forma, para que haja o desvio de valores, dinheiro ou títulos, pelo próprio diretor ou gerente, isso somente é possível concretizar-se quando ocorre a prática de fraude, porque, do contrário, não se consegue obter o desiderato de desviar ditos numerários.

Diante desse quadro, observa-se que estamos diante de uma situação em que ou se praticam condutas que em tese configuram crime de gestão fraudulenta, ou o agente não consegue concluir seu desejo que é desviar bens móveis, valores, dinheiro ou títulos da instituição financeira.

Em face de tais circunstâncias, conclui-se que se encontram obrigatoriamente embutidas no delito de desvio de valores, dinheiro ou títulos condutas relacionadas com o crime de gestão fraudulenta, passando elas, por isso, a integrar esse tipo penal, tal qual ocorre em relação à lesão corporal para o delito de homicídio; o artifício, artilo ou fraude para o crime de estelionato; a violência ou grave ameaça nos delitos de roubo, extorsão, estupro, atentado violento ao pudor; etc.

Da mesma forma que nos citados exemplos de crimes não é possível praticar essas modalidades de delitos sem lesão corporal, artilo, artifício, fraude, violência ou grave ameaça, também no delito de desvio de valores, dinheiro ou títulos não vemos a possibilidade de se executar esse crime sem a prática de alguma conduta que esteja relacionada diretamente com o delito de gestão fraudulenta.

Por isso, temos que condutas afeitas ao delito de gestão fraudulenta já se encontram embutidas no tipo relacionado ao crime de desvio de valores, dinheiro ou títulos.

Diante desse quadro, observa-se que somente se configura o crime de gestão fraudulenta quando há a prática de mais de uma conduta infracional, de forma não isolada, sendo certo que essa exigência não é verdadeira em relação ao delito de desvio de valores, dinheiro ou títulos, haja vista que solitária prática de ato relacionado com o delito de gestão fraudulenta pode possibilitar a prática daquela modalidade de crime. Ou seja, para perfazer o tipo penal de gestão fraudulenta, há necessidade de uma universalidade de condutas, por se tratar de crime habitual, enquanto para o crime de desvio de valores, dinheiro ou títulos apenas uma

conduta relacionada com o delito de gestão fraudulenta pode ser suficiente para que o agente consiga o seu desiderato, que é desviar bens da instituição.

Feitas essas considerações, observamos que, para a execução do crime de desvio de valores, dinheiro ou títulos, é indispensável que o agente pratique alguma conduta relacionada com o delito de gestão fraudulenta, cuja circunstância importa em reconhecer que essa ação antecedente ao delito de desvio integra o próprio tipo penal, dispensando com isso a análise relativamente ao instituto da consunção (concurso aparente de normas), da subsidiariedade ou da especialidade.

(...) a prática de ações ligadas ao delito de gestão é meio para o agente conseguir seu desiderato, que é apossar-se de valores da instituição, sendo plausível admitir-se que, nesse caso, pode incidir o princípio da consunção (...).” (SILVA, Jorge Vicente. Gestão fraudulenta, apropriação e desvio de valores. Crime único ou concurso de crimes? *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, set. 2006)

Sendo de crucial importância para o deslinde do caso *sub judice*, peço vênha para transcrever excerto do voto-vista proferido pelo Ministro Paulo Medina, em que a *quaestio* também é tratada com exatidão:

“A norma não incrimina o resultado naturalístico que porventura venha a ocorrer e que, por lógico, diz respeito à obtenção de alguma vantagem indevida – patrimonial, a meu ver, ainda que indireta.

Se, porém, a vantagem patrimonial indevida é consequência da própria gestão, quer-me parecer que, realmente, o resultado material não demandaria outra classificação de conduta, sendo suficiente para a punição a norma definidora da gestão fraudulenta.

Este é o crime de maior gravidade descrito na Lei 7.492/86. A Lei do Sistema Financeiro Nacional não contém a figura de um crime próprio de estelionato, não tipifica, de maneira autônoma, conduta correspondente àquela do artigo 171 do CP. Comina, entretanto, ao delito da gestão fraudulenta uma pena que é muito mais severa que a prevista para o estelionato: 3 a 12 anos de reclusão, além da multa – a pena para o estelionato é de 1 a 5 anos mais multa.

Desse modo, a vantagem obtida por intermédio da gestão estaria nela contida, seria nela consumida ou por ela absorvida. Nesse caso, a obtenção da vantagem é o próprio exaurimento da ação, que não integra a descrição típica, à semelhança do que ocorre com a figura do art. 158 do Código Penal, extorsão, em que o crime se consuma independentemente da realização do objetivo visado.

Essa é a solução, parece-me, se a obtenção da vantagem resultou da gestão fraudulenta, mas como um dos atos componentes do conjunto de ações que correspondeu à gestão. No caso concreto dos autos, a gestão fraudulenta propiciou uma série de operações com resultado de apropriação indébita, conforme descrito no acórdão.

(...) A série de ações de apropriação de recursos do fundo de pensão não foi simplesmente ‘facilitada’ pela gestão fraudulenta, mas constituiu, em si mesma, um conjunto de atos integrantes das operações de gestão. A meu ver, portanto, assiste razão ao primeiro e ao segundo recorrentes. Os resultados materiais estão contidos no tipo penal do art. 4º, *caput*, gestão fraudulenta (...).

Essa hipótese de consunção é aquela em que, como ensinam Zaffaroni e Pierangeli, ‘um tipo descarta outro porque consome ou exaure seu conteúdo proibitivo, isto é, porque

há um fechamento material' (*Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1999. p. 735). Prosseguem os mencionados autores: 'é um caso de consunção o do fato posterior que resulta consumido pelo fato prévio, como na hipótese em que a apropriação indébita (art. 168 do CP) ocorre quando a coisa é obtida mediante um ardil (estelionato, art. 171): em tal caso, a tipicidade do estelionato descarta a da apropriação indébita.' (REsp 575.684/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, rel. p/ acórdão Min. Paulo Medina, Sexta Turma, public. no DJU de 23.04.2007, p. 317)

Na hipótese dos autos, *todavia*, o desvio/apropriação de recursos concretizado por B.S.P. *deve ser examinado a título autônomo*, pois *não é o resultado exclusivo da gestão fraudulenta levada a cabo durante o período narrado na denúncia (2008 a 2011), nem pode ser considerado como o objetivo da gestão fraudulenta.*

As triangulações cruzadas, executadas para escapar da responsabilização pessoal pelos atos de gestão praticados em desobediência aos normativos da CEF em face de operações que redundaram em valores a descoberto, não se direcionaram ao fim exclusivo da apropriação.

Por outro lado, não é possível asseverar, igualmente, que todos os atos fraudulentos foram de apropriação/desvio.

Por isso, porque a gestão fraudulenta não se deu exclusivamente por atos de apropriação/desvio, e também porque não é possível dizer, no caso concreto, que os atos de gestão fraudulenta foram todos praticados exclusivamente para realizar somente desvios/apropriações, é que se vislumbra, com clareza, que há autonomia dos atos de desvio/apropriação em relação à gestão fraudulenta, *com o que é de ser provido, em parte, o recurso do Ministério Público Federal para considerar a existência do delito autônomo do art. 5º, que não pode ser consumido pela gestão fraudulenta do art. 4º da Lei 7.492/86.*

Baltazar Junior (Crimes federais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 631) aponta que:

“Quanto ao crime de apropriação indébita (LCSFN, art. 5º), há cinco posições, sendo majoritária e mais acertada, no meu modo de ver, a primeira, como segue:

a) como a gestão fraudulenta não constitui meio necessário para a apropriação indébita, podendo ocorrer apropriação indébita sem fraude e gestão fraudulenta sem apropriação indébita, a hipótese é de concurso formal (STJ, REsp. 585.770, Dipp, 5ª T., u., 07.10.2004; TRF1, AC 19980100096130-4, Ribeiro, 4ª T., u., DJ 17.07.2006; TRF1, AC 19993300002155-9, Tourinho, 3ª T., u., 08.05.07; TRF3, AC 19990399039158-3, Peixoto Jr., 2ª T., 22.04.2002; TRF4, AGEPN 20067107001442-0, Labarrère, 7ª T., m., 05.09.2006; TRF4, AC 200571000166998, Néfi, 7ª T., u., 19.01.2010), em especial se há prejuízo para

vítimas distintas em um e outro delito (TRF2, AC 19955101030158, Cisne, 1ª TE, u., 15.08.2007) e se forem cometidas várias apropriações: (...).”

Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ, conforme se vê no acórdão a seguir colacionado:

“*HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTE. APROPRIAÇÃO INDÉBITA E DESVIO. SONEGAÇÃO DE INFORMAÇÃO OU PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO FALSA. ARTS. 4º, *CAPUT*, 5º, *CAPUT*, E 6º DA LEI Nº 7.492/1986. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CÁLCULO DA PENA-BASE. PARECER ACOLHIDO.

1. Os crimes dos arts. 5º (‘Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio’), 6º (‘Induzir ou manter em erro sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente’) e 10 (‘Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários’) podem, eventualmente, ser perpetrados de forma autônoma e dissociada da conduta delituosa inserta no art. 4º (‘Gerir fraudulentamente instituição financeira’), todos da Lei nº 7.492/1986 (REsp nº 1.290.073/ES, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23.05.2014).

2. As instâncias ordinárias concluíram que ficou devidamente comprovada a gestão fraudulenta da SOPOUPE, que veio a falir; que ocorreu a falsificação: a) das cópias contábeis de cheques empregados para o desvio de valores, no período de novembro de 1994 a dezembro de 1996; b) dos contratos de adesão relacionados a consorciados já contemplados; e c) das notas fiscais referentes a esses contratos fictícios; como também que ficou comprovado o desvio de R\$ 1.290.617,68 dos consorciados da referida sociedade empresária em benefício dos pacientes e das empresas R.E.E. Administração, Participação e Empreendimentos S/A e São Paulo Veículos, Peças e Serviços S/A – pessoas jurídicas que também eram por eles administradas; bem assim que ficou comprovada a apresentação de documentação com inserções falsas ao Banco Central do Brasil com o fito de induzir a autarquia em erro. Assim, os pacientes foram condenados pelos crimes tipificados nos arts. 4º, *caput*, 5º, *caput*, e 6º da Lei nº 7.492/1986.

3. No caso, o próprio Tribunal Regional concluiu que os acusados adotaram, de forma sistemática, a prática de elaborar falsos documentos para ocultar irregularidades na gestão da empresa, notadamente o desvio de recursos dos consorciados. Tais documentos, que resultaram da gestão fraudulenta da SOPOUPE, foram apresentados à fiscalização do Bacen, conduta essa que se amolda ao art. 6º da Lei nº 7.492/1986, mas que, praticada como meio para a gestão fraudulenta, deve ser por esta absorvida.

4. *Quanto aos crimes tipificados nos arts. 4º e 5º da referida lei, é inviável a aplicação do princípio da consunção, uma vez que os crimes de gestão fraudulenta e de peculato-apropriação se diferenciam quanto ao tipo objetivo, ao objeto material e à consumação, atingindo objetos materiais distintos. Precedentes.*

5. Quanto à dosimetria da pena, afastada a condenação pelo art. 6º e feito o cálculo, não é perceptível, quanto aos crimes remanescentes, a inobservância dos parâmetros legais

ou a flagrante desproporcionalidade, sendo descabida sua revisão, ante a necessidade de proceder à reanálise das circunstâncias que permearam a prática dos delitos, sobretudo no que tange às consequências e ao tempo de duração da ação criminosa.

6. Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a condenação pelo crime inscrito no art. 6º da Lei nº 7.492/1986 e, em consequência, alterar a pena dos pacientes para 5 anos e 10 meses de reclusão e 56 dias-multa, mantido o acórdão no que resta. Não tem mais efeito a liminar deferida.” (HC 351.960/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20.06.2017, DJe 26.06.2017 – destaquei)

Desse modo, impõe-se o afastamento da consunção operada pelo juízo de primeiro grau.

Não consumida pela gestão fraudulenta, devendo a apropriação/desvio ser examinada de forma autônoma, passo ao exame da tipicidade.

A doutrina de *Bitencourt* (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016. V.I. p. 287), ao dispor sobre o bem jurídico tutelado pelo art. 5º, assenta que:

“No entanto, em alguns dispositivos desse diploma legal, há outros bens jurídicos prioritariamente tutelados, inclusive individuais, como ocorre, por exemplo, com a tipificação contida neste dispositivo que ora analisamos. Com efeito, o bem jurídico protegido neste art. 5º – apropriação indébita financeira – é a inviolabilidade patrimonial da própria instituição financeira, dos investidores, em particular, e da coletividade, em geral, especialmente em relação ao direito de propriedade, e não ao direito possessório. Na verdade, protege o direito de propriedade, direta e imediatamente, contra eventuais abusos do possuidor que possa ter a intenção de dispor de tais bens como se seus fossem.”

Considerando que o tipo subjetivo requer, para sua adequação típica, apropriar-se de dinheiro, título ou quaisquer outros bens depositados ou custodiados na instituição ou os desta em proveito próprio ou de outros (Tórtima, citado por Bitencourt, ob. citada, p. 292), é necessário examinar a conduta de B.S.P. em face da apropriação/desvio.

O apelante B.S.P. apropriou-se/desviou, para proveito de seu núcleo familiar, dos já referidos valores de limites de cheque especial, relativos às contas de B.C.P., [omissis], e C.C.P., [omissis], bem assim do apontado dano decorrente das inconformidades detectadas nos contratos [omissis], B.C.P., [omissis], B.C.P., [omissis], C.C.P., [omissis], C.C.P., e [omissis], C.C.P.

Em data de 08.07.2014, o documento do *evento 48 – OFICI* dos autos do IPL informa que, em 07.07.2014, os contratos do núcleo familiar de B.S.P. encontravam-se quitados, *todos em data anterior à do recebimento da denúncia – 10.10.2014.*

Em face disso, tenho que é de ser examinada a possibilidade da ocorrência da reparação do dano.

Considerando, conforme já consignado, que a gestão fraudulenta poderia se realizar sem a apropriação/desvio, o que é o caso dos autos, e que os valores do dano consignados como oriundos da concessão de cheque especial impago e das inconformidades detectadas nos contratos não liquidados restaram como sendo de coautores do delito de gestão fraudulenta que não compõem o núcleo familiar do réu B.S.P., é possível considerar que o dano causado, *que pode ser atribuído a B.S.P.*, na modalidade desvio, se consubstanciou nesses 7 (sete) contratos que – *em data anterior à do recebimento da denúncia – se encontravam liquidados*, com a específica menção de que “*não foram apuradas outras irregularidades em contas correntes e/ou contratos que tenham sido atribuídas a B.S.P., além das especificadas no relatório conclusivo do processo RS 4017.2011.A.000117*”.

Por isso, tenho que a imputação do delito do art. 5º é atípica, pois, previamente ao recebimento da denúncia, deu-se o ressarcimento do dano, o que é indicativo da ausência de ânimo de apropriação, o que torna atípica a conduta, por ausência do elemento subjetivo de apropriar-se.

Nessa linha, já decidiu este tribunal, conforme julgado cuja ementa colaciono:

“PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ARTIGOS 5º E 16 DA LEI 7.492/86. COMPROVADO O FUNCIONAMENTO DE ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO SEM AUTORIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO DO BANCO CENTRAL PARA INSTAURAR AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE *ANIMUS REM SIBI HABENDI*.”

Comprovada a existência de captação de poupança popular para contemplação de bens mediante sorteio sem a devida autorização do Banco Central.

Encontrando-se a empresa à margem do sistema financeiro, por nele atuar sem a necessária e imprescindível autorização do Bacen, inexistente qualquer óbice ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Federal quando o inquérito policial consegue descortinar os fatos delitivos de forma suficientemente clara, mormente quando os tipos penais que ensejaram a ação penal não estão a exigir uma investigação técnica pormenorizada.

Não restou comprovado o animus rem sibi habendi, uma vez que os ressarcimentos foram efetuados antes do recebimento da denúncia, indicando que os acusados não possuíam a intenção de apropriar-se dos valores que lhes foram confiados.

Alterada a aplicação de pena de limitação de final de semana por prestação pecuniária em montante equivalente ao da multa fixada.

Apelação do corrêu G. parcialmente provida e apelação do corrêu V. e do Ministério Público Federal desprovidas.” (DJU 17.03.2004 – destaqueei)

Também sob a ótica do verbo nuclear “desviar”, *incriminação que reforça o entendimento de que o agente detém a posse em nome de terceiros*, a conduta é atípica.

Para *Bitencourt* (ob. citada, p. 293):

“Com efeito, o verbo nuclear ‘desviar’ tem o significado, nesse dispositivo legal, de dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos, o sujeito ativo dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada em benefício próprio ou de outrem. Nessa figura, que não existe na apropriação indébita tradicional (somente no peculato-desvio, art. 312, 2ª parte, do CP), não há o propósito de apropriar-se, que é identificado como o *animus rem sibi habendi*, podendo ser caracterizado o desvio proibido pelo tipo com o simples uso irregular do objeto material da apropriação indébita financeira. Em outros termos, em vez do destino certo e determinado do bem de que se tem a posse, o agente lhe dá outro, no interesse próprio ou de terceiro. O desvio poderá consistir no uso irregular do objeto material (dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel).”

É aqui, na parte final do exame do verbo “desviar”, que se dá a inadequação típica do desvio em relação às operações irregulares, fraudulentas, cometidas pelo réu, que dizem com as pessoas não integrantes do seu núcleo familiar.

O interesse próprio do réu, nos desvios envolvendo estranhos ao seu núcleo familiar, está abarcado na gestão fraudulenta. Esses desvios, o resultado final das triangulações cruzadas e das sucessivas transferências de valores entre contas, são a expressão dos atos de gestão fraudulenta, a esse tipo punidas.

O interesse de terceiros – não integrantes do núcleo familiar de B.S.P. – não se faz presente, tanto é que, além do réu B.S.P., nenhum dos demais corrêus foi denunciado pelo art. 5º.

Assim, também sob a ótica do verbo nuclear “desviar” do art. 5º, a conduta do réu B.S.P. apresenta-se atípica. O ressarcimento do dano previamente ao recebimento da denúncia é robusto elemento indicativo da ausência do ânimo de apropriação.

Tal percepção é ainda reforçada pela nítida impressão que dos autos exsurge de que, não fossem auditados os atos de gestão em fraude praticados por B.S.P., a série de múltiplas triangulações cruzadas entre contas persistiria ocorrendo em lapso temporal maior do que o compreendido nesta ação penal – 2008 a 2011.

Isso porque, conforme assinalado linhas acima, em que pese o volume econômico/financeiro/escritural que circulou entre as contas no período – estimado em 6 milhões –, quando estancadas as condutas, pela cassação da senha de gestor de B.S.P., o *volume operado com dano*, valores decorrentes de transações espúrias de concessão de limite de crédito que restaram impagos, e *as inconformidades detectadas em contratos* foram estabelecidos na ordem de 360 mil. Ou seja, a conduta de múltiplos atos de gestão fraudulenta, ainda que movimentasse 6 milhões no período, teria importado em dano pouco superior a 6% do montante feito circular. Tal circunstância autoriza considerar que a apropriação havida de valores não era o fim exclusivo dos atos de gestão que foram praticados.

A esta altura, constato que os criminosos atos de gestão em infringência aos normativos da CEF, consubstanciados em uma espiral de lançamentos viciados por sua origem e sua razão de circulação, ensejaram apropriação de valores pelo núcleo familiar de B.S.P. que, sob a forma de danos identificados, foram reparados integralmente em data anterior ao recebimento da denúncia.

No particular ponto, é de ser dado parcial provimento ao recurso do MPF para reconhecer a autonomia do delito de apropriação em relação ao de gestão fraudulenta e, no caso concreto, reconhecer que a conduta é atípica, em face da reparação do dano em data anterior ao recebimento da denúncia, o que afasta o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o ânimo de se apropriar.

Apelação de L.P.L.B.

Preliminar: inépcia da denúncia

Afasto a preliminar levantada. A denúncia não é inepta, porque descreve a participação do apelante na prática dos atos de gestão fraudulenta.

Conforme, pertinentemente, aduz o representante da Procuradoria Regional da República em seu parecer, que adoto como razões de decidir:

“3.8. Primeiramente, a alegação de inépcia da denúncia sequer pode ser conhecida nesta fase, pois ‘a superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal’ (AgRg no AREsp 537.770/SP, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18.08.2015).

3.9. Ademais, determina o Código de Processo Penal, em seu artigo 41, que ‘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’. Especificamente sobre a exposição do fato criminoso, é a orientação da doutrina, *in litteris*:

‘A preocupação é com a descrição completa do fato, com a inclusão de todas as elementares do tipo, bem como de suas circunstâncias. É exatamente a descrição completa da imputação penal que permitirá o mais amplo exercício da defesa, a partir do conhecimento, particularmente pela defesa técnica – advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil –, das possíveis consequências criminais resultantes do acolhimento da peça acusatória.’²

3.10. Depreende-se, portanto, que o requisito primordial da peça acusatória é a descrição do modo como ocorreram os fatos, isto é, a presença, na narrativa formulada na exordial, de todas as elementares do tipo e eventuais circunstâncias, tudo com vista à plena compreensão, pela defesa técnica, da imputação feita ao acusado e das consequências jurídicas que podem dela decorrer.

3.11. Daí por que não se pode taxar de inepta a denúncia que permite à defesa elaborar um contraponto específico e bem delineado, pois, nessas hipóteses, é notório que a inicial acusatória cumpriu seu dever de transmitir ao defensor exatamente o que imputa ao réu.

3.12. *In casu*, a compreensão, pela defesa, dos fatos narrados na exordial é indiscutível, como se depreende do modo como foram refutadas as acusações durante o transcurso do processo.”

A propósito da possibilidade de que particular não descrito no art. 25 da Lei 7.492/86 figure como coautor do delito de gestão fraudulenta, veja-se o que diz a doutrina de *Baltazar Junior (Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 621):

“Tendo em vista o disposto no art. 30 do CP, comunica-se a circunstância de caráter pessoal dos coautores, sejam eles empregados da instituição financeira (TRF2, AC 19955101030158-6, Cisne, 1ª TE, u., 15.08.2007), sejam mesmo particulares, uma vez que a qualidade de administrador é elementar do delito (STF, HC 89.364, Barbosa, 2ª T., u., 23.10.2007; STJ, REsp 575.684, Carvalhido, 6ª T., m., 04.10.2005; TRF1, AC 199901100010905-4, Ribeiro, 4ª T., u., 18.07.2006; TRF4, AC 20030401030590-8, Élcio, 8ª T., m., 06.12.2006; TRF4, AC 20030401026422-0, Hirose, 7ª T., u., 14.08.2007).”

Acerca da defendida insignificância, as condutas perpetradas não podem ser consideradas insignificantes na sua dimensão econômica. Atente-se que o valor do apontado dano no relatório conclusivo da CEF (posição de 03.06.2011) foi de R\$ 1.429,72 (saldo devedor da conta pessoa jurídica [*omissis*]) e R\$ 20.714,52 (saldo devedor da conta pessoa

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 112.

física), relativo a limite de cheque especial impago; e de R\$ 10.181,25 (contrato [omissis]) e R\$ 39.430,07 (contrato [omissis]).

Alinho que, em 04.07.2014, a posição dessas mesmas contas e contratos era de, respectivamente, R\$ 11.014,97; R\$ 155.209,96; R\$ 20.106,93; e R\$ 82.730,49.

Mérito

No que diz com os temas de mérito constantes do apelo da defesa de L.P.L.B., defendendo a regularidade do financiamento obtido, pretendendo a transferência da responsabilidade ao seu irmão, para além do que já foi consignado linhas acima, acerca das razões de convencimento para a condenação de L.P.L.B., aderindo ao quanto exposto pelo magistrado sentenciante, no trecho em que analisado o recurso de apelação de B.S.P., acrescento o quanto assentado na apreciação da prova produzida sobre a operação envolvendo L.P.L.B., H.L.B. e B.S.P.:

“A concessão do crédito restou comprovada pelos seguintes elementos:

a) cédula de crédito bancário – empréstimo PJ com garantia FGO nº [omissis], firmado em 12.04.2010, no valor de R\$ 35.000,00, constando como emitente a empresa H.L.B., CNPJ [omissis], H.L.B., CPF [omissis], como avalista e assinatura do gerente B.S.P. (IPL, e. 1, OUT9, p. 3);

b) declaração de faturamento mensal da empresa H.L.B., compreendendo o período de 02/2009 a 01/2010, datada de 08.02.2010 e assinada por H.L.B. e por L.P.L.B.; conforme a declaração, o faturamento total da empresa foi de R\$ 159.111,10, dos quais R\$ 19.890,00 são relativos ao mês de janeiro de 2010 (IPL, e. 1, OUT8, p. 37);

c) declaração de faturamento fiscal da empresa H.L.B., referente ao ano de 2009, datada de 08.02.2010 e assinada por L.P.L.B. (IPL, e. 1, OUT8, p. 38);

d) relatório de visita – empresas com faturamento fiscal bruto anual até 15 milhões da empresa H.L.B., datado de 26.02.2010, sem assinatura (IPL, e. 1, OUT8, p. 39);

e) quadro de informações econômico-financeiras e organizacionais da empresa H.L.B., sem registro de data, firmado por H.L.B. e B.S.P. (IPL, e. 1, OUT8, p. 44);

f) relatório de avaliação do risco de tomador de crédito de empresas nº [omissis], datado de 11.03.2010, referente à empresa H.L.B., no qual consta S.M. como funcionário responsável pela avaliação e B.S.P. como gerente responsável (IPL, e. 1, OUT8, p. 46);

g) ata nº 87 da reunião ordinária do Comitê de Crédito da agência 4017/RS, realizada em 08.04.2010, com a presença dos membros B.S.P. (presidente), F.S.S. e S.F.M., na qual foi aprovada, por unanimidade, a contratação da operação de crédito. A assinatura de S.F.M. não consta da ata (IPL, e. 1, OUT8, p. 58);

h) informação da Junta Comercial do Rio Grande do Sul de que o registro da empresa H.L.B. foi cancelado por inatividade em 11.01.2010 (IPL, e. 2, OFIC2).

As fraudes imputadas aos réus também encontram comprovação na prova produzida, conforme passo a expor.

Quando ouvido em sede policial, H.L.B. declarou que trabalhava como laminador na madeireira de E.S., recebendo o equivalente a R\$ 1.100,00 por mês. Seu trabalho consistia em manter as serras prontas para serem utilizadas, razão pela qual não tinha controle de horário, embora fosse ‘quase que diariamente’ à madeireira. Explicou que também prestava serviços a outras empresas, utilizando sua empresa individual para fornecer nota fiscal, auferindo cerca de R\$ 2.000,00 nessa atividade. Quanto ao empréstimo contratado na CAIXA, afirmou que a ideia era obter crédito para adquirir maquinário próprio e morar próximo de Gravataí, cidade em que reside seu filho. Calculou que as máquinas que pretendia comprar custariam aproximadamente R\$ 25.000,00. Contou os planos a L.P.L.B., seu irmão e contador, que ‘cuidou de todo o processo de juntada de documentação para abertura da conta na CEF e da liberação de crédito’. Disse acreditar ter estado apenas uma ou duas vezes na agência bancária para assinar documentos, não recordando a localização desta ou o nome do gerente que lhe atendeu. Disse que o crédito, de cerca de R\$ 30.000,00, lhe foi prometido para o final de 2009, porém, ‘na data esperada, o dinheiro não veio, sendo que, com o passar do tempo, acreditou que seu pedido havia caducado’. Declarou que *‘não recebeu qualquer valor desse empréstimo solicitado’* e que *‘L.P.L.B. não chegou a mencionar que o dinheiro teria sido liberado’*. No mais, afirmou que o valor de R\$ 4.800,00 declarado como rendimento mensal da pessoa jurídica ‘era uma estimativa de quanto ganhariam se estivessem com a firma regularizada e com o maquinário próprio’, reconhecendo que *‘não atingia esse valor por mês, pois não tinha muito controle das despesas que possuía, tratando-se de uma estimativa do valor bruto’*. Afirmou que *‘sua renda mensal girava em torno de R\$ 3.000,00, contando o salário da madeireira’*. Declarou, ainda, ‘que não sabe dizer se seu irmão usufruiu dos recursos solicitados à CEF; QUE também tem conhecimento de que parte do dinheiro tenha se destinado ao gerente da agência de nome B.S.P.’ (IPL, e. 12, DEPOIM_TESTEMUNHA2).

Em juízo, H.L.B. reiterou que o empréstimo tinha como finalidade a compra de maquinário para exercer sua atividade de serralheiro, que o pedido fora feito em 2009 e que a liberação do crédito ‘ficou atrasada’, razão pela qual ‘não deu pra fazer nada’. Questionado, disse não ter tido acesso aos valores, mas, desta feita, *confirmou que os recursos foram efetivamente disponibilizados, referindo que seu irmão ‘pegou e assumiu por mim’*. Afirmou ter assinado um documento autorizando L.P.L.B. a ‘assumir esse dinheiro’. Disse que *L.P.L.B. emprestou a metade do dinheiro para B.S.P., não sabendo dizer se eles eram amigos ou o motivo para que tal empréstimo tenha ocorrido*. Indagado se fora enganado, disse que seu irmão lhe avisara antes que emprestaria o dinheiro, ele tendo concordado com o negócio. Disse que *nenhum valor relativo ao empréstimo foi pago ao banco, pois não teve condições financeiras, e o irmão também nada pagou*. Após, explicou que metade do valor do empréstimo foi repassada para B.S.P. e a outra metade foi dividida entre ele e L.P.L.B. Gastou sua parte com roupas, alimentos e outras despesas, não tendo comprado o maquinário. Não sabe como seu irmão gastou o dinheiro. Disse que a dívida ainda está em aberto, mas não foi demandado judicialmente. Referiu que sua empresa ‘deu baixa’ depois de 2011, ressalvando não ter certeza quanto a essa data. *Explicou que, quando o empréstimo foi solicitado, a empresa estava ativa, mas, quando o dinheiro foi liberado, já se encontrava inativa*. Confirmou ter assinado uma declaração atestando o faturamento da empresa, mas não recorda o valor deste. Questionado, *disse que B.S.P. nunca foi à sua empresa realizar vistoria*. Confirmou que tinha conta na Caixa, não sabendo dizer se tinha cheque especial

ou outro benefício. Disse que o dinheiro só foi repassado para L.P.L.B. e B.S.P. quando viu que não teria mais necessidade dos recursos (e. 251, VÍDEO2).

Por ocasião do depoimento que prestou na Polícia Federal, o réu L.P.L.B. disse que a ‘ideia de obtenção desse empréstimo partiu do interesse de seu irmão em expandir os negócios’, referindo que H.L.B. ‘pretendia abrir uma filial de sua empresa em Porto Alegre, ou Grande Porto Alegre’. Afirmou que a negociação com a CAIXA iniciou no final do ano de 2009, mas a ‘liberação dos recursos demorou muito e acabaram perdendo a oportunidade de adquirir o imóvel que pretendiam’. Após, assinalou que, ‘em verdade, o dinheiro não seria aplicado em imóvel, mas sim em maquinário e um veículo para poder prestar os serviços nas empresas’. Asseverou, ainda, que ‘*acredita que seu irmão possua uma renda de aproximadamente R\$ 2.500,00*’, englobando seu trabalho assalariado e os serviços prestados como autônomo. Quanto a B.S.P., disse que o nome do gerente foi indicado por ‘um amigo em comum de ambos’, em função de seu trabalho na área de consultoria em habitação, ressaltando que ‘*o conheceu pessoalmente somente quando foi retirar uma segunda via de sua prestação do financiamento habitacional que possuía na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, oportunidade em que fez essa retirada no posto da CEF no TRT, vindo a conhecer B.S.P.*’. Referiu ser titular de duas contas poupança na CAIXA, uma na agência Praça da Alfândega e outra na agência Guia Lopes, aberta em virtude de um financiamento habitacional. Disse que ‘*B.S.P. lhes havia dito que o empréstimo não poderia ser feito na agência do TRT, pois essa agência não fazia concessões para pessoas jurídicas*’; QUE B.S.P. lhes disse que o empréstimo sairia rápido, mas que dependia de seu colega que trabalhava na agência Praia de Belas para liberação dos recursos’. Referiu que a documentação de abertura da conta da empresa de H.L.B. foi feita no posto TRT, mas acreditavam que estaria vinculada a outra agência. Quanto à liberação dos recursos, assim afirmou:

‘(...) QUE não acreditavam mais que esses recursos seriam liberados, até que, em abril de 2010, foi feito um depósito em conta firma individual de H.L.B. no valor de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil), aproximadamente; QUE a diferença entre os R\$ 35.000,00 contratados e os R\$ 33.000,00 liberados se deu em virtude da incidência de taxas e seguros que foram descontados na origem; *QUE, quando da liberação dos recursos, seu irmão H.L.B. já havia desistido de seus planos de expandir, razão pela qual deixou ao DECLARANTE a opção de assumir e gerenciar esses recursos*; QUE, como o dinheiro já havia sido aprovado e liberado, o DECLARANTE pensou em utilizá-lo para adquirir uma sala comercial, uma vez que trabalha em um conjunto comercial alugado; QUE, entretanto, como o negócio da aquisição desse imóvel não deu certo, pois o imóvel pretendido não possuía ‘habite-se’ nem registro, o DECLARANTE desistiu do negócio; ***QUE a ordem cronológica dos fatos foi a seguinte: no início do ano de 2010, seu irmão H.L.B. já havia desistido do negócio; em março, B.S.P. informou ao DECLARANTE que os recursos iriam ser liberados, então o DECLARANTE passou a procurar o imóvel; em abril, o dinheiro foi liberado, quando então verificou que não iria mais adquirir o imóvel vislumbrado; três dias após a liberação dos recursos, o DECLARANTE transferiu aproximadamente R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para a conta da filha de B.S.P., a qual se chama, salvo engano, B.C.P.***; QUE, pelo acordado entre as partes, o dinheiro seria transferido a título de empréstimo, sendo que B.S.P. assumiria o pagamento das parcelas do empréstimo relativas à parte que havia pegado dessa operação financeira; QUE não foi firmado qualquer contrato escrito entre as partes; QUE o único comprovante que possui desse acordo é o recibo de transferência dos

recursos para a conta da filha de B.S.P.; *QUE esse acordo com B.S.P. ocorreu por volta do mês de março de 2010, quando referido gerente informou que os recursos seriam liberados; QUE, nessa ocasião, o DECLARANTE informou que seu irmão tinha desistido do negócio, mas que talvez o DECLARANTE pudesse utilizar o dinheiro para adquirir um imóvel; QUE, nessa ocasião, B.S.P. disse para o DECLARANTE que talvez tivesse interesse em utilizar parte dos recursos, questionando se o DECLARANTE poderia lhe emprestar; QUE, como se trata de uma agência pequena da CAIXA e, portanto, ouvia falar das dificuldades financeiras que B.S.P. estava enfrentando, além do fato de que havia uma boa relação entre ambos, pois o DECLARANTE apresentava alguns clientes para B.S.P. e vice-versa, achou que não tinha problema em emprestar parte dos recursos a B.S.P.; QUE inclusive B.S.P. havia feito uma proposta ao DECLARANTE para que este se tornasse um correspondente da CAIXA na área de habitação (...).*'

Quanto ao mais, afirmou que utilizou o restante dos recursos para pagamento de dívidas, inclusive de seu financiamento habitacional, e para adquirir bens para seu escritório. L.P.L.B. ainda afirmou que '*H.L.B. não utilizou qualquer parte dos recursos obtidos na CEF*' e referiu que foram pagas seis parcelas do empréstimo, sendo duas delas por B.S.P. Tentou cobrar o pagamento das restantes, pois seu irmão o estava pressionando, mas, após fazer-lhe promessas de pagamento, B.S.P. alegou que havia sido exonerado da CAIXA e passava por dificuldades financeiras. Por fim, confirmou ter fornecido as informações contábeis relativas à empresa do irmão para concessão do empréstimo (IPL, e. 8, DEPOIM_TESTEMUNHA2).

Em juízo, L.P.L.B. apresentou relato diverso. Ao ser interrogado, asseverou que o lucro líquido da empresa de H.L.B. era de cerca de 7 a 12 mil reais e que ela estava ativa de fato, embora constasse como inativa na junta comercial, fato do qual não tinham conhecimento. Confirmou ter conhecido B.S.P. por meio de um amigo em comum, mas por ele estar interessado em seus serviços de consultoria em questões previdenciárias. Tinha uma conta na agência Praça da Alfândega, mas nunca foi atendido por B.S.P., conhecendo-o no PAB do TRT. Explicou que a conta da empresa de H.L.B. foi aberta no PAB em razão da ideia de constituir uma filial em Porto Alegre ou na região metropolitana. Afirmou que, quando os recursos foram liberados, seu irmão disse-lhe que não tinha mais interesse no negócio, e B.S.P. lhe pediu um empréstimo, cronologia diversa da apresentada no depoimento em sede policial. Aceitou fazer o empréstimo a B.S.P., pois havia criado uma relação de amizade com ele, tendo transferido parte dos recursos para a conta de sua filha e entregado outra parte em espécie em um *shopping*. Da divisão, ainda restaram 7 ou 8 mil reais, repassados a H.L.B. Por fim, nada mencionou a respeito da intenção de adquirir uma sala comercial para si (e. 508 e 509):

'(...)

JUIZ: Bem, qual era a atividade do seu irmão?

RÉU: Ele era empresário, microempresário, e trabalhava como serralha, ele ia fazer uma empresa de serralheiro.

JUIZ: Certo, ele tinha uma serralheria...

RÉU: Não, ele era empregado...

JUIZ: Ele era empregado de uma serralheria?

RÉU: Isso, e ia abrir a própria empresa dele, por isso que nós demos andamento nesse início, final de 2009...

JUIZ: Tá, ele chegou a abrir a empresa ou não?

RÉU: A empresa sim, já é constituída há mais de 10 anos, já tinha essa empresa.

JUIZ: Tá, ele era serralheiro trabalhando como empregado...

RÉU: E era empresário também.

JUIZ: E tinha uma serralheria própria?

RÉU: Não, ele prestava serviço, terceiros para as empresas, ele sublocava a serraria quando ele era empregado pra prestar serviço para outras empresas, aí ele resolveu abrir a própria empresa ao invés de locar o espaço de outras empresas, ele mesmo fazia a empresa dele de serraria, na parte dele de laminação.

JUIZ: Serraria. Tá, e quando é que ele iniciou a empresa dele?

RÉU: Anterior a 2000, eu não me recordo, 2002, por aí.

JUIZ: E quem é que trabalhava, era só ele, tinha empregados?

RÉU: Só ele. É, na realidade a sede era no endereço da casa da minha mãe.

JUIZ: Certo. E quanto é que ele faturava com essa empresa dele na época?

RÉU: O lucro líquido ou faturamento...?

JUIZ: *O faturamento dele o senhor faz ideia?*

RÉU: *Uns 30 mil mês, uns 30, 35.*

JUIZ: *E quanto é que era o lucro dele?*

RÉU: *Em média 12, 7 a 12, eu não me recordo porque é de 2009, 10.*

JUIZ: Quando é que essa empresa encerrou as atividades?

RÉU: Na realidade ela está inativa.

JUIZ: Pois é, na verdade era pessoa física, era firma individual, né?

RÉU: Empresa individual.

JUIZ: Quando é que, mas ela está inativa, e quando é que ela deu baixa?

RÉU: Baixa, ela não foi dada baixa, a gente ficou sabendo pela baixa, pela denúncia aqui do Ministério, porque, na realidade, quando a gente encaminhou, a documentação que se pede é o contrato social, né, e o documento CNPJ que tem que estar em dia, ou seja, ativa.

JUIZ: Certo.

RÉU: No órgão bancário, é uma lei de 2002, do Código Civil, que se diz hoje que, acima de 10 anos sem movimentação, sem alteração de contrato, ela é baixada automática, mas não nos passam essas informações assim, até porque, quando tu vai solicitar no banco, eles não te pedem uma certidão atualizada da junta comercial, não é de praxe de nenhum banco, e sim uma certidão, uma certidão negativa, e sim o CNPJ tem que estar ativo, tanto é que o CNPJ, se o senhor olhar hoje, consta como ativo. É um procedimento do código de 2002, parece, da lei civil.

JUIZ: *E me diga uma coisa, por que é que esse crédito foi ser contratado via PAB do TRT, o senhor tinha conta lá, como é isso?*

RÉU: *Não, é que eu conheci o senhor B.S.P. através de um colega dele de faculdade e ele me solicitou alguns trabalhos, tipo, ele estava interessado em ver se se aposentava porque ele já tinha algum tempo e é a minha área, que eu faço de consultoria, e nesse meio caso eu conheci ele, fui lá inclusive e pedi, através desse outro amigo em comum, até uma segunda via do pagamento do meu financiamento, e nesse meio tempo eu falei que o meu irmão queria vir para cá porque ele tem um filho na Grande Porto Alegre e é separado já há muito tempo, e ele queria reatar com esse filho dele e até ele queria no final de 2009 abrir para pegar essa região aqui de Cachoeirinha, essa questão toda aqui que ele domina, ele*

já presta serviço de Tapes para cá... Ai ele me disse, olha, L.P.L.B., eu posso te encaminhar para uma agência da Caixa, só que eu não faço PJ...

JUIZ: Tá, mas só para... O senhor conheceu o corrêu B.S.P. porque alguém indicou para que o senhor prestasse serviços a ele?

RÉU: É que ele precisava de algumas informações sobre previdência, a nível de ver tempo de serviço público com privado, e tempo rural, que ele era de rural, que eu, modéstia à parte, eu tinha noção disso aí. Ai ele procurou, inclusive eu indiquei ele para uma advogada, para ver realmente a contagem de tempo, essa questão toda.

JUIZ: Então o primeiro contato que o senhor teve com ele foi para tratar de assuntos de previdência do interesse dele?

RÉU: É, assuntos de previdência e outros serviços, certidão de terra, essas coisas assim.

JUIZ: Tá, e esse contato aconteceu por que, quem indicou?

RÉU: Era um conhecido dele, amigo dele de faculdade, eu não me recordo assim...

JUIZ: Indicou, um amigo dele de faculdade indicou que ele procurasse o senhor porque o senhor podia auxiliá-lo com informações e orientações para a aposentadoria dele.

RÉU: Isso, essas questões de levantamento de dados.

JUIZ: Ai depois o senhor em uma outra ocasião teve uma segunda via de um documento seu, é isso?

RÉU: Como?

JUIZ: Ai depois disso aconteceu de o senhor necessitar de uma segunda via de um documento, o senhor mencionou...

RÉU: Não, não, aí ele... Eu conheci o seu B.S.P. porque ele me pediu, eu, eu tentei tirar na Caixa a segunda via e eu não consegui, eles 'ah, passa ali no TRT', e pede pra o B.S.P. e ver se ele consegue tirar.

JUIZ: Quem disse para ir falar com o B.S.P.?

RÉU: Foi esse amigo nosso em comum.

JUIZ: Tá, isso depois que o senhor já tinha conversado com ele sobre a situação da previdência...

RÉU: É, é que aí eu perguntei se eu podia tirar a via ali e eu disse que tinha que tirar, aí ele disse 'ah, eu posso tentar por ti por aqui, mas tua agência não é essa aqui'.

JUIZ: Onde era a sua agência?

RÉU: A minha agência era do Teresópolis.

JUIZ: O senhor mora onde?

RÉU: Eu moro no Centro, na Andrade Neves.

JUIZ: E aí o senhor foi ao próprio PAB?

RÉU: Isso, aí eu passei ali e ele conseguiu, aí eu marquei com ele, depois ele foi ao meu escritório para passar a autorização para fazer o levantamento de previdência, elevar os dados dele pra tentar ver uma...

(...)

JUIZ: O senhor alguma vez tratou alguma questão com o B.S.P... O senhor sabe se o B.S.P. trabalhou na agência da Alfândega ou alguma coisa assim?

RÉU: Eu fiquei sabendo por ele mesmo, depois ele começou, a gente começou a ficar amigos assim...

JUIZ: Depois que o senhor o conheceu...

RÉU: Isso.

JUIZ: Lá no PAB do...

RÉU: Do TRT...

(...)

JUIZ: Mas ele lhe atendia na Praça da Alfândega?

RÉU: Não, nunca me atendeu.

JUIZ: Pelo que o senhor está dizendo, não.

RÉU: Não.

JUIZ: O senhor o conheceu, o encontrou, na Praça da Alfândega?

RÉU: Não.

JUIZ: O senhor o conheceu lá no PAB?

RÉU: No PAB TRT, eu o conheci lá.

JUIZ: Certo. Por que o senhor não contratou o seu empréstimo, o empréstimo do seu irmão, na agência Teresópolis, onde o senhor já tinha alguma negociação, pelo que o senhor disse, já tinha algum crédito?

RÉU: É que lá só foi feito, só o financiamento, eu não fazia a movimentação.

JUIZ: E por que o senhor não fez na Praça da Alfândega mesmo, que era a sua conta?

RÉU: Na realidade, é porque eu só tinha poupança na Alfândega.

JUIZ: O senhor tinha conta em que banco, se é que tinha, sem ser poupança na Caixa?

RÉU: Eu tive no Banco do Brasil.

JUIZ: Aí o senhor abriu conta no PAB?

RÉU: Não.

JUIZ: Pois é, a conta...

RÉU: Era no nome do meu irmão.

(...)

JUIZ: E ele tinha conta em que bancos?

RÉU: Que ele teve, eu acho que no Santander, aliás no Itaú, no Unibanco, no caso.

JUIZ: No Itaú, Unibanco ele tinha cheque especial lá, como é que era?

RÉU: No Banrisul.

JUIZ: No Banrisul ele tinha cheque especial?

RÉU: Tinha, tinha.

JUIZ: O senhor sabe qual era o limite dele?

RÉU: Eu não me recordo, mas era 5, 10 mil, eu acho.

JUIZ: Quando saiu, esse empréstimo, ele demorou um pouco para sair, né, demorou 4 meses.

RÉU: Mais.

JUIZ: Isso era um empréstimo ou era um financiamento que tava saindo?

RÉU: Na realidade, ele disse que passaria se, que teria como indicar, encaminhar para uma agência da Caixa, que ali ele não fazia PJ, porque eu disse que o meu irmão queria até fazer via BNDES, porque ele queria comprar maquinário e os juros eram mais baratos. Na ocasião, até a Caixa dava um subsídio melhor, aí eu disse ‘ah, então podemos encaminhar’, e ele disse ‘posso tentar por aqui, já que a tua empresa não é daqui, do teu irmão, é de Camaquã, interior de Camaquã, mas tu traz a documentação que eu passo para o pessoal dar uma analisada’, o pessoal da PJ, entreguei os contratos, coisa, e ele analisou, ‘até que dá’, mas começou a demorar esse valor, foi mais de 4 meses.

JUIZ: E por que isso não foi solicitado lá em Camaquã onde o seu irmão morava e tudo mais?

RÉU: É que na realidade ele disse que poderia encaminhar por aqui porque nós iríamos abrir, a abertura de uma filial aqui, que já teria conta e que seria melhor. Porque na realidade ele ia, já tinha até transferido um telefone pra botar um escritório aqui no centro, porque aí eu iria administrar a empresa para ele aqui na parte comercial. O interesse dele em abrir aqui já era para ter algum contato comercial bancário e que os negócios ele ia abrir uma filial aqui e manter a matriz lá no interior.

(...)

JUIZ: E me diga uma coisa, o que foi contratado foi um crédito pessoal, foi um...

RÉU: Empréstimo, empréstimo.

JUIZ: Porque o B.S.P. mencionou, o réu B.S.P. mencionou que seria um Proger.

RÉU: É, ele chegou com um Proger, é um empréstimo que ele queria para comprar um maquinário, não deixa de ser, mas não foi um Proger, um Proger as taxas de juros são mais baixas, né?

JUIZ: Eu lhe pergunto, foi encaminhado um projeto para a aplicação dos recursos, ou como é que funcionou?

RÉU: Foi encaminhada a liberação de recursos para empréstimo para a aquisição de maquinário.

JUIZ: E aí, quando foi liberado o empréstimo... Foi lá por abril, né, foi adquirido o maquinário?

*RÉU: Não, na realidade, como foi antes de 2009, lá por setembro, agosto, eu não me lembro assim, o meu irmão queria se mudar até o final do ano para cá, de 2009. Como demorou, ele já estava desistindo desse valor, porque ele já tinha perdido os negócios que ele ia comprar aqui perto de Gravataí. Então como, aí pra nós já tinha até encerrado essa questão. **Em março aí o B.S.P. disse que tinha conseguido liberar o recurso, aí o meu irmão disse ‘olha, agora eu já não vou fazer mais porque já não vou fazer mais as parcerias que eu quero’, aí ele pegou e disse assim ‘olha’, aí eu disse ‘o B.S.P. pediu, já que nós vamos cancelar, disse ‘ah, tu não quer ficar com uma parte, eu tava precisando, e pagar esses juros e depois me emprestar a metade?’**, eu conversei com o meu irmão, ele autorizou emprestar para ele.*

JUIZ: Mas, se era um financiamento para uma finalidade, que era aquisição de maquinário, como é que poderia retirar para outro, não fazer isso?

RÉU: Doutor, era para empréstimo, foi empréstimo.

(...)

JUIZ: Como é que aconteceu de parte desse dinheiro ir para a sua... Bom, o senhor diz então que o seu irmão disse que o senhor ficasse com o dinheiro, é isso?

RÉU: Meu irmão soube, ele veio, ele fez toda a autorização, ele veio, ele veio na Caixa, eu pedi para ele se ele poderia emprestar, ele não conhecia o B.S.P., ele disse ‘olha, se tu conhece, se tu souber, tudo bem, desde que vocês resolvam’, aí eu emprestei, ele estava com problema, dificuldade financeira, inclusive devolução de cheque lá, ele começou a falar, a agência era pequena, que tava com uma situação, aí eu peguei e disse assim ‘olha, já que está disponível esse dinheiro então, a gente pode te emprestar então’, já que o meu irmão não foi fazer mais o que ele queria fazer.

JUIZ: O senhor ofereceu ou ele pediu o empréstimo?

RÉU: Não, ele pediu.

JUIZ: Ele que lhe pediu?

RÉU: Sim, ele tava com problemas, já que tinha, já que o meu irmão não ia usar, que a gente poderia... Daí eu ‘claro, prontamente’, a gente ficou praticamente amigo, eu não

discordei, já que o meu irmão tava disponível ali, como gerente ele disse que a responsabilidade era dele.

(...)

JUIZ: E aí qual é o valor que foi emprestado para ele, o senhor recorda? Foi tudo para ele, foi uma parte?

RÉU: Não, foi uma parte. Foi transferido na conta da filha dele, eu transferi em abril uns 13 mil, e depois acho que uns 1.500, 2 mil eu dei em espécie para ele assim, em duas partes, um dia até no shopping.

JUIZ: Isso foi, a transferência foi três dias depois da liberação do dinheiro, é isso?

RÉU: É, no máximo.

JUIZ: Como aconteceu isso de o senhor fazer um empréstimo para ele ou para a filha dele, o empréstimo era para ele ou para a filha dele?

RÉU: Não, era para ele, ele foi quem me deu os dados da conta da filha dele para transferir para a filha dele.

JUIZ: O senhor sabe por que era para a conta da filha dele a transferência, e não para a conta dele?

RÉU: Não entrei nesse detalhe, ele só me deu, eu pedi, ele queria que eu desse em espécie, eu disse 'ah, tu me passa até para eu provar para o meu irmão lá que eu estou te transferindo', que ele sabia dessa, dessa transação.

JUIZ: E o que o levou a emprestar? O senhor empresta, naquela época o senhor emprestou dinheiro para mais alguém?

RÉU: Não, desse valor?

JUIZ: É.

RÉU: Não, porque da metade, era praticamente 35 mil, eu repassei de repente uns 8 mil pro meu irmão e o resto eu usei.

(...)

JUIZ: Nesses últimos cinco anos, de 2010 para cá, quem mais lhe deve dinheiro, se é que lhe devem dinheiro, não sei se lhe deve ainda ou se pagou?

RÉU: Além do seu B.S.P.?

JUIZ: É.

RÉU: Que eu saiba, ninguém.

JUIZ: E antes disso, entre 2005 e 2010, assim, mais alguém que lhe devesse dinheiro?

RÉU: Ah, sim, poucos.

JUIZ: A mesma situação, diante de trabalho, ou alguém...?

RÉU: Não, só de honorários, trabalho, de honorários. Eu emprestar dinheiro não, foi só o que eu emprestei para o seu B.S.P.

JUIZ: Pois é, nos últimos 10 anos o senhor emprestou dinheiro para mais alguém além do B.S.P.?

RÉU: Não, porque eu não tenho.

JUIZ: E o que o levou a ter essa relação tão próxima com o B.S.P., de emprestar dinheiro para ele?

RÉU: Por achar uma pessoa idônea que trabalhava ali, como sendo um gerente-geral, sei lá, porque eu vi a situação dele também, ele dizendo que estava com problema, com dificuldade, que o pessoal tava coagindo ele na agência, como estava liberado ali, era um recurso que estava parado, que o meu irmão já tinha desistido, eu na ocasião não precisava

de todo o valor, até porque eu não tinha como pagar todo o valor também, aí o meu irmão autorizou e eu emprestei.

(...)

MPF: O senhor era o responsável pela contabilidade da empresa, da firma individual do seu H.L.B.?

RÉU: Sim.

MPF: A declaração do Simples nacional relativa ao ano-calendário 2008, exercício 2009, foi o senhor que elaborou?

RÉU: Sim.

MPF: O senhor efetuou essa entrega para fins da percepção da obtenção desse financiamento?

RÉU: Desculpa, não entendi.

MPF: O senhor fez essa declaração apenas para receber esse financiamento?

RÉU: Não.

MPF: Perdão, esse empréstimo, como o senhor diz?

RÉU: Não, porque até eu disse para ele que ele teria como PJ fazer o... questão de imposto de renda, realmente era o faturamento real.

MPF: Certo, a minha pergunta, por que essa declaração que seria do exercício 2009, ela foi entregue em 1º de fevereiro de 2010, que é exatamente consentâneo com a época da tramitação?

RÉU: O senhor está falando em exercício ou ano-base?

MPF: Não, o ano-base 2008, exercício 2009, foi entregue no dia 1º de fevereiro de 2010, conforme documento do evento 1, arquivo 8, página 35... Que é consentâneo com o período da tramitação do pedido de empréstimo.

RÉU: É que na realidade eu tinha mais funcionários, e, como a empresa dele era a única que não era daqui, realmente foi um lapso, foi esquecido isso aí, porque aí se viu essa documentação justamente porque, quando se foi tirar uma certidão negativa, aí viu a ausência e por isso que a gente fez, na ausência do fato.

MPF: O ano de 2009, o que é que aconteceu nos serviços, assim, queria que o senhor pudesse me explicar. Essa declaração do ano-base 2008, até o mês de maio, ela vem, a empresa vem praticamente sem faturamento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, sem faturamento, e em junho uma receita bruta de 390 reais, julho de 1.360, agosto não tem receita... Setembro, 911 reais de receita bruta, depois em outubro 440 reais de receita bruta, novembro não tem, dezembro 700 reais, dezembro de 2008. Posteriormente, na declaração de faturamento mensal, os valores a partir de fevereiro de 2009 subiram nesse ano de 3.253 até o valor de 23.745 em 2009. O que é que aconteceu na empresa nesse período que houve todo esse crescimento no ano de 2009, que é o ano anterior a essa negociação de financiamento, do empréstimo?

RÉU: Na realidade, como eu disse, ele presta serviço esporádico, então nem sempre ele emitia nota, então nem sempre... Como ele era empregado também, às vezes ele fazia pela pessoa física, então quando ele emitia nota ele tinha esse faturamento, e isso aí que o senhor fala é o fiscal, como todas as empresas ela tem um valor declarado e o fiscal. Ninguém empresta pelo fiscal, e sim pelo faturamento real, qualquer banco a nível, a nível nosso brasileiro, esse faturamento aí realmente que eu disse que era 20 a 30 mil, até o senhor me disse que foi 23, era mais ou menos, era, como se diz, o faturamento real, e o fiscal era aquele outro ali da emissão de nota.

MPF: Então mais ou menos o senhor pode me dizer que um de 23 mil pode se tornar um fiscal de 1.000 reais, que é o mais elevado do ano 2008, por exemplo?

RÉU: Não, é que na realidade foi, foi declarado aquele valor só, que na realidade foi porque o fiscal deles era de acordo com o faturamento ou a emissão de nota fiscal.

MPF: E o que aconteceu nesse ano de 2009 pro faturamento declarado, o faturamento da declaração, o senhor assinou, subir de 3.253 até 23 mil no final do ano, ou seja, praticamente sete vezes mais?

RÉU: Porque ele trabalhou em mais de quatro cidades e prestou esses serviços, São Lourenço, Tapes, Dom Feliciano, toda essa parte metade sul ele prestava serviço da empresa, até por isso precisava da empresa dele, por isso que ele criou essa empresa anteriormente para não ter o vínculo empregatício, ou seja, às vezes as empresas te contratam, mas tu tem que ser PJ.

MPF: O valor do empréstimo, 35 mil reais, foram transferidos 11 mil para a sua conta, 13 mil reais para a conta da B.C.P... O senhor disse que ainda sacou e entregou mais 2 mil reais em mãos para o senhor B.S.P.?

RÉU: É, em duas partes, parece, em espécie.

MPF: Então nós teríamos nisso aí 15 mil e mais 11, 26 mil, a diferença de aproximados 9 mil reais...

RÉU: Isso aí, 7, 8 mil que eu falei anteriormente, eu repassei aos poucos para o meu irmão, algumas contas para ele.

(...)

JUIZ: Me diga uma coisa, tem também um fato específico na denúncia que é um crédito para H.L.B., para a empresa, o senhor sabe do que se trata essa acusação?

RÉU: Um Proger.

JUIZ: Proger vem a ser?

RÉU: É um, é aquele programa de geração de emprego e renda.

JUIZ: Certo, e como aconteceu essa contratação?

RÉU: Eu fui procurado, inclusive pelo L.P.L.B., aí me colocou a situação do irmão dele que tinha um negócio em Cristal ou Camaquã, alguma coisa assim, e trouxe a documentação, encaminhei a documentação para a agência Menino Deus, que fez a avaliação da operação de pessoa jurídica, que eu no PAB não tinha condição de fazer, até demorou bastante tempo essa operação porque a agência tinha as demandas dela, o rapaz só me dizia 'olha, eu estou fazendo os meus aqui', enfim, foi contratada essa operação lá. Estranhamente, porque é uma operação que tem um seguro de crédito, esse seguro foi cobrado do cliente, inclusive embutido no valor das prestações, e esse seguro, se acionado, a Caixa não restaria com a inadimplência, o seguro era exatamente para essa finalidade. Ele foi cobrado, foi debitado o valor do cliente e a dívida permaneceu dentro da Caixa, a operação do Proger.

(...)

JUIZ: Com relação ao que estávamos falando desse empréstimo, desse Proger para interesse de H.L.B., por que isso aconteceu pelo seu PAB? Na verdade, seria pela agência, qual agência?

RÉU: O PAB TRT... Eu fui procurado no PAB TRT...

JUIZ: Sim, *mas a contratação não foi pelo PAB, o PAB nem fazia esse tipo de operação, correto?*

RÉU: Não, não tinha estrutura para fazer.

JUIZ: Pois é, *por que então o senhor esteve no meio dessa negociação, digamos assim, aparentemente?*

RÉU: Uma operação de Proger me dava 100% de uma determinada meta cumprida e eu julguei que era uma operação que em princípio não tinha risco pela realização dela, pela documentação que em princípio ele me trouxe, a documentação existe lá, da minha parte nada forjado, existe lá a operação, avaliada, submetida a outro colega, que não fui eu que avalei, avaliada por outro colega, e esse item de meta eu cumpri. Por exemplo, por que é que o L.P.L.B. chegou até mim? Isso me dito pelo L.P.L.B.: na Praça da Alfândega, numa determinada ocasião lá, alguém recomendou que o L.P.L.B. me procurasse porque ele tinha uma inadimplência habitacional na agência Cavallhada talvez, alguma coisa assim, e eu intercedi com o gerente da agência Cavallhada, consegui prazo pra ele, que era um valor; era uma operação que estava sendo mandado para cobrança judicial ou coisa que o valha, uma situação da Caixa, daqui a pouco retomada de imóvel e tudo mais, ele me alegou que morava com a família e tudo mais, foi recomendado a mim, eu intercedi, falei com o colega e ele foi lá, e em princípio deu tudo certo, resolveu. O dia que ele precisou, me procurou no PAB, essa é a relação pura e simples. Me procurou no PAB e eu encaminhei, eu digo 'não tem como fazer', mas realmente vi a possibilidade de cumprir um item de meta que seria bom para mim gerencialmente...

JUIZ: Ele tinha conta no PAB?

RÉU: Não, abriram conta, abriu conta o irmão dele, o senhor H.L.B., fez a abertura de conta pessoa física que a gente perdeu...

JUIZ: Conta no PAB?

RÉU: No PAB, abriu conta de pessoa física e uma conta de pessoa jurídica.

JUIZ: Ele tinha um problema dele de questão de imóveis quando ele o conheceu?

RÉU: Como?

JUIZ: Ele tinha um imóvel que tinha problema de financiamento, coisa assim que ele o procurou?

RÉU: O L.P.L.B.

JUIZ: Um imóvel próprio dele?

RÉU: Isso, imóvel de propriedade dele.

JUIZ: Certo, especificamente por que é que foi o senhor que ele procurou?

RÉU: Ele foi recomendado a mim por um amigo meu, um colega, na época era um colega de aula lá do IPA até, que conhecia o L.P.L.B., e diz 'olha, tem um gerente na Praça da Alfândega, meu colega, pode te ajudar lá'.

JUIZ: E aí ele o procurou na agência Praça da Alfândega?

RÉU: Na Praça da Alfândega, e eu intercedi na agência Cavallhada, se não me falha a memória era a agência Cavallhada...

JUIZ: Tudo bem, mas o que o senhor diz é que ele o procurou na agência Praça da Alfândega numa ocasião em razão disso, depois mais adiante ele foi parar no PAB?

RÉU: Mais adiante no PAB.

JUIZ: Ele disse que a primeira vez que ele o encontrou, na polícia, pelo menos, ele disse que pessoalmente só o conheceu quando foi retirar as prestações do financiamento habitacional na Caixa, oportunidade em que fez a retirada no posto da CEF do TRT. O senhor faz ideia de por que ele teria dito isso na polícia?

RÉU: Bom, aí por que ele disse isso eu não faço ideia.

JUIZ: Por que ele não foi diretamente contratar isso na agência que ele... Faz ideia de por que ele não contratou, ele teria conta em outras agências, ele teria conta em outras agências da Caixa Federal, o senhor recorda?

RÉU: Olha, eu não me recordo, não lembro se perguntei ou coisa que o valha.

JUIZ: E esse financiamento demorou quatro meses, é isso?

RÉU: Por aí, se eu não me engano...

JUIZ: Por que demorou tanto, o senhor faz ideia?

RÉU: Não faço ideia, porque aí eu estava submetido a outra agência e acho, imagino, que ele fez a avaliação no tempo que teve, eu não, aí eu não tenho como...

JUIZ: O senhor tem conhecimento de que, de acordo com o que consta, seria apresentada uma declaração de faturamento com falsidade ideológica para obtenção desse financiamento?

RÉU: Olha, até onde eu sei, o seu L.P.L.B. é contador, e uma das declarações que se aceita como renda é a declaração do contador, e isso foi encaminhado, eu encaminhei para a agência Menino Deus, não, não...

JUIZ: Certo, e qual foi o valor contratado nesse Proger?

RÉU: Se não me falha a memória, 32 mil ou alguma coisa assim, por volta de 30 mil.

JUIZ: O Proger ele tem um projeto, ele é emprego e renda, ele tem um projeto de aplicação ou como é que funciona?

RÉU: Que eu saiba, ele tem um projeto de aplicação.

JUIZ: E aí tem uma finalidade?

RÉU: Aí tem uma finalidade, lá tem um questionário preenchido que ele diz exatamente no que vai, no que vai ser aplicado o recurso, o investimento de renovação de equipamento, alguma coisa assim nesse sentido.

JUIZ: Nesse caso, o senhor recorda para que é que era?

RÉU: Uma marcenaria ou alguma coisa assim...

JUIZ: Certo, e depois foram adquiridos esses bens ou não? O senhor sabe como ficou a história?

RÉU: Segundo testemunho do próprio H.L.B., nesse processo ele disse que acabou, pela demora, ele acabou depois não fazendo a aquisição dos equipamentos.

JUIZ: E parte desse dinheiro não foi depositada na conta da B.C.P. ao fim e ao cabo? Três dias depois da liberação? Ou pelo menos em uma menção que eu vi que foi três...

RÉU: Foi depositado...

JUIZ: E como aconteceu isso?

RÉU: É... Esses problemas financeiros que eu lhe relatei, talvez, é... Eu não posso lhe dizer de certeza, de absoluta certeza, mas, como não saiu a... a tal aplicação, vamos dizer assim, no negócio deles, eu recebi a proposta de que me fosse emprestada uma parte do dinheiro e eu aceitei, pagava as prestações todos os meses, e uma amortização ainda de mais R\$ 4.500,00 em setembro de 2011 que eu consegui com um amigo meu para que eu pagasse ao L.P.L.B., foi pago ao L.P.L.B. em espécie, agora...

JUIZ: Mas esse valor, se não foi dado seguimento ao investimento em maquinário, parece que seria isso, ele não teria que ser então cancelado o próprio financiamento?

RÉU: É, como eu lhe disse, eu fiquei sabendo que não foi feito pelo testemunho do próprio H.L.B. agora aqui, na época eu não fiquei sabendo.

JUIZ: Mas e o dinheiro, o valor de 11 mil que lhe foi alcançado, sairia de onde, no seu entendimento, se não desse próprio financiamento? Ou como que é essa questão? O senhor recebeu os 11 mil, ao que consta o dinheiro foi liberado e 11 mil para a conta de L.P.L.B. e 13 mil para a conta de B.C.P., não é o dinheiro do financiamento diretamente?

RÉU: Sim, imagino que sim, imagino que sim.

JUIZ: Se o dinheiro foi liberado e depositado na conta de B.C.P., como é que ele poderia ter sido utilizado para aquisição de equipamentos? Em tese, mesmo porque o senhor disse que não tinha conhecimento do que tinha acontecido.

RÉU: Sim, sim, sim, eu o entendo, eu o entendo... O que é que foi feito...

JUIZ: Se é que o senhor recorda.

RÉU: Eu não recordo exatamente como foi feito, Excelência...

JUIZ: Certo.

RÉU: O depósito aconteceu, ele me emprestou o dinheiro, eu pagava em torno de 800 reais, era o valor da prestação, que me cabia, eu depositava o valor.

JUIZ: E o senhor faz ideia de por que ele resolveu lhe emprestar o dinheiro? Tudo bem tivesse tido o conhecimento de que o senhor tinha alguma necessidade, mas ainda assim, pelo que o senhor disse, ele conheceria um colega de faculdade, alguém da faculdade, que uma vez disse para ele o procurar na agência Praça da Alfândega para resolver uma questão de crédito imobiliário, e depois ele um dia o procurou para esse financiamento. O que faria essa relação... em princípio, penso eu, para emprestar dinheiro, deve ter uma proximidade ou confiança, ou apenas um ato peculiar, mas o senhor faz ideia de como essa proximidade e essa confiança dele para lhe emprestar esse dinheiro? Alguma outra questão específica?

RÉU: Olha, eu quando ajudei ele lá na Praça da Alfândega, que intercedi... Ajudei não, eu intercedi, resolvemos a situação, depois ele me traz um irmão dele que alegou precisar de dinheiro. Submetida à agência a aprovação, a operação foi avaliada, aprovada e feita a contratação. Eu lamento até pela demora, ele não conseguiu fazer o propósito da operação, que ele declarou em juízo. Mais do que isso eu lhe dizer eu vou estar no campo da suposição, aí eu não...

(...)

MPF: Nessa contratação da operação com o H.L.B., com a empresa do senhor H.L.B., o senhor acolheu os documentos que foram apresentados pelo L.P.L.B...

RÉU: E encaminhados para a agência Menino Deus.

MPF: Certo, a visita à empresa o senhor realizou? Uma visita à empresa?

RÉU: Não.

MPF: Porque tem, consta aqui dos autos do processo administrativo um formulário de visita na empresa com a data do dia 26 de fevereiro, no evento 1, documento 8, a partir da página 40, que não está assinado, certo? Não tem nenhuma assinatura nesse formulário de visita, porém, tem outros documentos que aí já estão, que aí o senhor assinou, como a ficha de informações da empresa que está no mesmo evento 1, documento 8, página 45 do inquérito. Essa ficha de informação da empresa o senhor preencheu com base em quê?

RÉU: Questionando a pessoa.

MPF: Questionando o L.P.L.B.?

RÉU: O L.P.L.B., o L.P.L.B. que prestou a informação... O irmão, o irmão do L.P.L.B., esse tem algum, tem quando o conheci quando ele esteve na agência, duas ou três vezes que ele esteve, ele tem um problema de gota.

MPF: Outra ficha, o quadro de informações econômico-financeiras e organizacionais da empresa, que também essa está assinada pelo senhor, o senhor preencheu com base em que informações, do L.P.L.B.?

RÉU: Sim.

MPF: Esse documento aqui até que não está, ele aqui não apresenta uma data, mas a empresa já estava encerrada na junta desde 11 de janeiro de 2010, o senhor tinha conhecimento disso?

RÉU: Não, e nós não... Acho, que eu saiba, não se consulta a junta em Porto Alegre, na Caixa, até então, porque nem na agência Menino Deus, que era uma pessoa que trabalha com pessoa jurídica, num setor que trabalha com pessoa jurídica, passou batido, então não... (...)

DEFESA: Quanto à questão do seu H.L.B. e a relação, a relação não ficou muito clara, a questão daquele dinheiro que está provado nos autos que existia um empréstimo após a liberação do financiamento para o senhor L.P.L.B. A pergunta que eu lhe faço: o senhor tinha uma relação então de franqueza com o senhor H.L.B., como é que ele sabia que o senhor necessitava desse dinheiro, como é que aconteceu o negócio em si, a oferta e o aceite desse dinheiro? Não ficou claro no seu depoimento.

RÉU: Olha, eu confesso, assim, eu nunca perguntei para o L.P.L.B. como ele ficou sabendo. Mas assim, dificilmente, dificilmente no PAB onde eu trabalhei, com a estrutura que tinha, tá, se conseguiria fazer um atendimento privativo. Não se conseguia. Eu quando tinha que atender algum diretor, algum desembargador, eu ia ao gabinete, porque no PAB não existia sigilo absolutamente algum, trabalhava do lado do cliente da frente com o caixa do meu lado mais ou menos, a estrutura era muito precária, e o doutor (...) era um que se culpava disso porque tinha feito uma reforma lá e a área da Caixa tinha permanecido a mesma. Então, assim, imagino eu que ele possa ter ali naquelas idas e vindas ouvido, não seria difícil, eu falando no telefone com a minha esposa, com as minhas filhas, ou com quem fosse, poderia ser, não... Nunca perguntei.

DEFESA: Ele lhe ofertou, ele lhe ofertou, no momento em que não houve o uso do dinheiro, ele lhe ofertou o empréstimo, é isso?

RÉU: Sim, ele disse que estava sobrando, que estaria sobrando, que, se eu quisesse, poderia me emprestar.

DEFESA: E como é que foi a negociação?

RÉU: Inclusive, assim, não houve nenhuma espécie de agiotagem, vamos dizer assim, ele não cobrou juros, vou te emprestar porque, não, tu assume, tu assume a tua parte.

DEFESA: O senhor pega uma parte do dinheiro, o senhor assume uma parte das parcelas, é isso?

RÉU: Exatamente... Que eu depositava na conta dele, que era debitado na conta...

DEFESA: Então ele emprestou uma parte do dinheiro e o senhor depositava uma parte.

RÉU: Uma parte, equivalente ao valor que ele tinha me emprestado.”

Assim, porque as teses defensivas são incapazes de abalar os fundamentos que embasaram o juízo condenatório, lastreado em amplo conteúdo probatório, completamente examinado pelo magistrado sentenciante, desacolho as teses defensivas articuladas na apelação.

Apelação de E.M.M. e M.K.

M.K.

A tese defensiva de que não participou da movimentação produzida pelo corréu B.S.P. não pode ser acolhida. Isso porque os autos dão conta da participação de M.K. para a prática dos atos de gestão fraudulenta.

Veja-se, além do quanto já ficou consignado por ocasião da análise da apelação do réu B.S.P., o desenvolvimento das razões de convencimento apresentadas pelo juízo de primeiro grau:

“A obtenção das operações de crédito restou demonstrada pelos seguintes elementos de prova:

a) consulta de informações de conta por CPF, indicando que a conta nº [omissis], titularizada por M.K., foi aberta em 16.11.2009 (IPL, e. 1, OUT12, p. 6);

b) ficha de abertura e autógrafos pessoa física – individual, firmada em 16.11.2009, relativa à conta corrente nº [omissis], aberta por M.K., com registro de renda mensal no valor de R\$ 2.465,00, na qual consta a assinatura de M.F. no campo ‘assinatura do caixa’ e de B.S.P. no campo ‘assinatura do gerente’ (IPL, e. 1, OUT12, p. 12);

c) declaração comprobatória de percepção de rendimentos – Decore, emitida em 13.11.2009 pelo técnico em contabilidade M.A.D.S. em favor de M.K., registrando renda de R\$ 2.465,00, referente a ‘pró-labore; aluguéis ou arrendamentos diversos’, no mês de outubro de 2009, tendo como fonte pagadora a pessoa jurídica EJM Constr. e Incorporadora Ltda. e ‘diversos clientes’, e documentação base ‘escrituração no livro diário; Darf de IR de PF (carnê leão) com recolhimento regular’ (IPL, e. 1, OUT12, p. 19);

d) comprovante de pagamento de Darf/Darf-Simples no valor de R\$ 20,78, constando 13.11.2009 como data de pagamento (IPL, e. 1, OUT12, p. 20; IPL, e. 25, OUT3, p. 22);

e) relatório de avaliação de cliente pessoa física – comercial nº [omissis], referente à cliente M.K., realizado em 20.11.2009 por B.S.P., no qual consta renda comprovada no valor de R\$ 2.465,00 (IPL, e. 1, OUT12, p. 21);

f) contrato de relacionamento – abertura de contas e adesão a produtos e serviços – pessoa física relativo à adesão à modalidade de empréstimo CDC e cheque especial, com limite de R\$ 2.000,00, firmado por M.K. e assinado por B.S.P., datado de 16.11.2009;

g) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC automático, no valor de R\$ 2.300,00, contratado por M.K. em 11.12.2009 (IPL, e. 1, OUT12, p. 8);

g) extrato da conta nº [omissis], constando como ‘limite cheque azul’ o valor de R\$ 2.000,00 e registrando as movimentações realizadas no período de 28.05.2009 a 19.04.2011 (IPL, e. 1, OUT14, p. 34-36);

(...)

‘*JUIZ*: E com relação a essa situação dos autos, essa acusação de que a senhora teria apresentado ou obtido uma abertura de conta em condições irregulares com a apresentação de uma declaração contábil de rendimentos irregular e depois tido movimentações na sua conta de 597 mil reais em cerca de um ano. Isso é verdade? O que a senhora tem a dizer sobre isso?

RÉ: Não, essa conta eu nunca movimentei, eu não fiz movimentações nessa conta.

JUIZ: A senhora abriu conta no PAB da Caixa Federal?

RÉ: Abri sim, eu fui uma vez para abrir depois eu nunca mais fui lá e também não movimentei a conta.

JUIZ: E para que a senhora abriu a conta?

RÉ: Ah, aquela vez a gente abriu para ter uma conta em banco e porque era mais fácil ali para a gente ter o acesso e tudo mais, mas eu nunca mais depois voltei para lá, nunca mais mexi naquela conta.

JUIZ: Mas e para que precisava da conta em banco?
RÉ: *A gente queria abrir uma conta, ter uma conta em um banco para começar a ter movimentações, mas no fim a gente nem movimentou a conta...*
JUIZ: A gente quem?
RÉ: Pra minha família, no caso, pra mim e para o meu esposo, né.
JUIZ: O que a senhora fazia na época?
RÉ: Em dois mil e?
JUIZ: 2009.
RÉ: Foi o ano em que a minha filha nasceu... *Na época eu trabalhava de manicure.*
JUIZ: Outubro de 2009?
RÉ: Na época eu trabalhava de manicure.
JUIZ: Onde?
RÉ: Lajeado.
JUIZ: A senhora, onde a senhora mora atualmente?
RÉ: Lajeado.
JUIZ: A senhora nasceu onde?
RÉ: Em Santa Clara do Sul.
JUIZ: A senhora foi morar em Lajeado mais ou menos quando?
RÉ: Com três anos de idade.
JUIZ: E a senhora saiu de Lajeado quando? Se é que a senhora saiu alguma vez de Lajeado?
RÉ: Eu fui, sim, a gente foi morar em Tramandaí...
JUIZ: Em que época?
RÉ: Em 2010.
JUIZ: Foi nessa época que a senhora abriu essa conta no PAB?
RÉ: Eu abri a conta... Acho que foi.
JUIZ: A senhora trabalhava como manicure, a senhora disse.
RÉ: Antes sim.
JUIZ: Mas, quando eu lhe perguntei o que a senhora fazia na época em que abriu a conta, a senhora disse que trabalhava como manicure. Onde? Em Lajeado?
RÉ: Isso, em Lajeado, mas eu saí de Lajeado em 2010, 2009 eu ainda trabalhava em Lajeado e morava em Lajeado.
JUIZ: Então a senhora morava em Lajeado quando abriu essa conta aqui no PAB?
RÉ: Sim, porque a nossa ideia era de nos mudarmos para Tramandaí já.
JUIZ: E por que iam se mudar para Tramandaí, qual era o projeto para a mudança para Tramandaí?
RÉ: O meu marido ia trabalhar lá na construção civil.
JUIZ: Ele ia trabalhar lá como? Ele ia procurar emprego, ele ia...
RÉ: Sim, é, ele ia trabalhar na construção civil lá.
JUIZ: Mas ele ia trabalhar por conta, ele ia ser empreiteiro, ele ia se empregar em uma construtora, ele tinha algum emprego em vista, ele ia se associar a alguém, qual era a ideia? Ele ia constituir algum negócio?
RÉ: Não, ele ia procurar emprego.
JUIZ: Tá, e como aconteceu assim de irem para o PAB do TRT abrir a conta?
RÉ: *Porque lá, a minha sogra trabalha lá, e seria mais prático se tivesse que fazer um depósito ou alguma coisa, só que daí, como a gente não movimentou a conta, nada disso aconteceu.*

JUIZ: E quando a senhora veio para Tramandaí, a senhora chegou a vir para Tramandaí?
RÉ: Sim, a gente morou um ano e pouco, eu acho.
JUIZ: *A senhora trabalhava quando estava em Tramandaí, não tinha atividade profissional, fazia alguma coisa, como é que era?*
RÉ: Não, daí a minha filha nasceu, daí eu fiquei um tempo sem trabalhar.
JUIZ: Quanto tempo mais ou menos?
RÉ: Aí não me lembro.
JUIZ: Bom, o período em que a senhora esteve em Tramandaí a senhora não trabalhou?
RÉ: Não.
JUIZ: A senhora não auxiliava o seu marido em alguma atividade da construção, nada?
RÉ: Não.
JUIZ: *A senhora conhece EJM Construtora e Incorporadora Ltda.?*
RÉ: Conheço.
JUIZ: Em razão de que a senhora conhece?
RÉ: *Porque eu era sócia, eu e a minha sogra, no caso, abrimos a empresa, só que a empresa também nunca funcionou. A gente abriu e ela nunca...*
JUIZ: Como é que aconteceu de a senhora se tornar sócia da empresa?
RÉ: Como a minha sogra convidou pra gente abrir uma empresa e como o meu marido lá tava ruim de serviço em Lajeado, daí então a gente abriu uma empresa de construção civil.
JUIZ: Quem é o seu marido?
RÉ: E.
JUIZ: E.A.P.J.?
RÉ: Isso.
JUIZ: Mas, quando eu perguntei se, vindo para Tramandaí, tinham algum projeto de trabalhar ou alguma coisa assim, a senhora não mencionou nada sobre esse assunto.
RÉ: Não, a princípio a gente não tinha o projeto, ele foi surgindo...
JUIZ: *Quanto é que a senhora ganhava por mês quando se tornou sócia da empresa, o que lhe rendia ser sócia da empresa?*
RÉ: Ah, não me lembro.
JUIZ: *Quando a senhora se tornou sócia da EJM, a senhora ganhava, tinha pró-labore da empresa?*
RÉ: Não me lembro.
(...)
JUIZ: A senhora tirou algum empréstimo com essa conta que abriu na Caixa?
RÉ: Não.
JUIZ: Em nenhuma ocasião?
RÉ: Não.
JUIZ: *A senhora não se lembra de ter tirado algum empréstimo de 2.000 ou de 2.300 reais?*
RÉ: Não.
JUIZ: Sim, o que a senhora diz é que a senhora nunca utilizou a sua conta, a senhora foi ali, abriu a conta e acabou não usando para nada?
RÉ: Não.
JUIZ: Nem pra depositarem algum dinheiro e a senhora sacar?
RÉ: Não.
JUIZ: A senhora transferir dinheiro dessa conta para uma outra?
RÉ: Que eu me lembre, não.

JUIZ: Ao que a senhora recorde, não?

RÉ: Não.

(...)

JUIZ: A senhora tem conhecimento sobre se alguma vez a sua conta foi utilizada para fazer transferências para a conta da sua sogra ou de outras pessoas para cobrir dívidas ou alguma coisa assim?

RÉ: Não, não tenho nenhum conhecimento.

JUIZ: Quando a senhora abriu a conta, que documentação a senhora levou na Caixa, a senhora recorda?

RÉ: Não, não me recordo.

JUIZ: A senhora foi pessoalmente lá abrir a conta?

RÉ: Sim, foi a única vez que eu fui lá.

(...)

MPF: Os documentos para a abertura da conta foi a senhora quem providenciou, ou foi alguém que fez os documentos para a senhora, como é que foi?

RÉ: Eu não me lembro.

MPF: Consta aqui no inquérito policial, evento 1, arquivo 12, página 19, entre os documentos apresentados na abertura da sua conta, uma declaração comprobatória de percepção de rendimentos assinada, que seria assinada pela senhora e por um técnico em contabilidade M.A.D.S. Essa declaração teria sido, está datada lá na cidade de Tramandaí em novembro de 2009, que é uma época em que a senhora estaria residindo em Lajeado, conforme a senhora relatou aqui. A senhora foi até Tramandaí fazer esse documento?

RÉ: Eu não me lembro, mas ia várias vezes para Tramandaí, até para visitar a minha sogra, né, mas eu não me lembro.

MPF: Mas a senhora foi a algum técnico, algum escritório de contabilidade para fazer essa declaração?

RÉ: Não me lembro.

MPF: Segundo essa declaração, lá em outubro de 2009, a senhora teria rendimentos de pró-labore num valor aproximado que a princípio seria de 465 reais e de aluguéis ou outros, ou arrendamentos, num valor de 2 mil, ou seja, em outubro de 2009, a senhora teria uma renda de 2.465, decorrente então desse pró-labore e de aluguéis. *A senhora tinha, a senhora alugava imóveis nessa época?*

RÉ: Não.

MPF: A senhora recebia rendimentos da *EJM Construtora*?

RÉ: Não.

MPF: E a senhora sabe, a senhora não recorda como que foi feito esse documento aqui que foi apresentado lá na Caixa?

RÉ: Não lembro, eu não me lembro mesmo.

(...)

DEFESA: Acerca dessa conta, a senhora por um acaso tinha cartão pelo menos da conta?

RÉ: Não.

DEFESA: A senhora nem cartão a senhora recebeu da conta?

RÉ: Não.

DEFESA: Nunca sequer pediu empréstimo, né, já foi dito.

RÉ: Não.

DEFESA: A documentação também. Autorizando alguém a mexer nessa conta, a senhora autorizou por acaso?

RÉ: Não.

DEFESA: Nunca tomou conhecimento da movimentação que acontecia na sua conta?

RÉ: Não.

(...)

DEFESA: A senhora lembra quais foram os documentos que a senhora assinou no dia?

RÉ: Não lembro.

DEFESA: Não?

RÉ: Não lembro.

DEFESA: Leu?

RÉ: Não.”

Quanto à alegação de crime impossível, adiro ao quanto pontuado pelo procurador regional da República firmatário do parecer, no sentido de que “as condições de caráter pessoal, quando elementares do crime, comunicam-se aos coautores e partícipes do crime, nos termos do artigo 30 do Código Penal, sendo irrelevante, portanto, o fato de a apelante não ser gestora da instituição financeira envolvida, nos termos do precedente do STF. Portanto, também pode a ré responder pelo delito de gestão fraudulenta na condição de partícipe do crime”.

Sem a atuação de M.K., não teria sido possível ao réu B.S.P. realizar a movimentação financeira envolvendo o grupo familiar desta e a empresa EJM, da qual era M.K. administradora e E.M.M. era sócia.

E a circunstância de que o padrão de vida de M.K. não se teria alterado é indiferente para o reconhecimento da gestão fraudulenta, pois, além de esse delito não exigir o resultado material, a M.K. não foi imputado o delito de apropriação.

Além disso, o resultado final de ação de danos morais alegadamente movida por M.K. contra a CEF e o indicado resultado de acordo que lá teria sido firmado não repercutem na esfera penal em face da independência das instâncias.

O dolo necessário para a condenação de M.K., como bem alinhavou o juízo *a quo*, “decorre evidente tanto na hipótese de ter contratado os empréstimos para si como na hipótese de ter emprestado seu nome à sogra E.M.M., na medida em que solicitou emissão de documento atestando a existência de renda que sabia não possuir e, sabendo-o falso, apresentou-o à instituição financeira, não sendo crível que não tivesse a menor consciência do que estava ocorrendo”.

Rejeito a tese defensiva articulada pela apelante M.K.

E.M.M.

Afasto a alegação de que as condutas de E.M.M. possam ser atribuídas à má gestão financeira pessoal. Dificuldades financeiras não excluem crime de gestão fraudulenta.

Além do quanto já consignado na análise da apelação do réu B.S.P., colaciono, agora, os trechos da sentença alusivos à materialidade do delito:

“As operações indicadas na denúncia encontram comprovação pelos seguintes elementos probatórios:

a) ficha de abertura e autógrafos pessoa física – individual relativa à conta corrente nº [omissis], aberta em 22.07.2008 por E.M.M., com registro de renda mensal no valor de R\$ 2.758,29, na qual consta a assinatura de B.S.P. nos campos ‘assinatura do caixa’ e ‘assinatura do gerente’ (IPL, e. 1, OUT11, p. 23);

b) ficha de abertura e autógrafos pessoa física – individual relativa à conta corrente nº [omissis], aberta em 22.07.2008 por E.M.M., com registro de renda mensal no valor de R\$ 2.867,64, na qual consta a assinatura de A.R.S. no campo ‘assinatura do caixa’ e de B.S.P. no campo ‘assinatura do gerente’ (IPL, e. 1, OUT11, p. 23);

c) contracheque de E.M.M. referente ao mês de julho de 2008, no qual consta como remuneração bruta o valor de R\$ 6.352,05 e líquida o valor de R\$ 2.867,64 (IPL, e. 1, OUT11, p. 28);

d) pedido de alteração de dados bancários subscrito por E.M.M., solicitando que seus vencimentos sejam creditados na conta corrente nº [omissis], na agência 4017-7, PAB TRT4 (IPL, e. 1, OUT11, p. 32);

e) relatório de avaliação de cliente pessoa física – comercial nº [omissis], datado de 19.08.2008, realizado pelo empregado A.C.M., registrando como renda comprovada o valor de R\$ 6.352,05, reprovação ‘por relacionamento’ e classificação de risco por atraso – SIAPC ‘H’ (IPL, e. 1, OUT11, p. 34);

f) relatório de avaliação de cliente pessoa física – comercial nº [omissis], datado de 17.09.2008, realizado pelo empregado A.R.S., registrando como renda comprovada o valor de R\$ 6.352,05, no qual foram aprovadas operações de crédito, o campo ‘classificação de risco por atraso – SIAPC’ registrando conceito ‘C’ (IPL, e. 1, OUT11, p. 38-41);

g) relatório de avaliação de cliente pessoa física – comercial nº [omissis], datado de 09.01.2009, realizado pelo empregado A.R.S., registrando como renda comprovada o valor de R\$ 6.623,04 e como renda informal o valor de R\$ 550,00, totalizando R\$ 7.173,04, no qual foram aprovadas operações de crédito, o campo ‘classificação de risco por atraso – SIAPC’ nada registrando (IPL, e. 1, OUT11, p. 42);

h) relatório de avaliação de cliente pessoa física – comercial nº [omissis], datado de 11.02.2009, realizado por B.S.P., registrando como renda comprovada o valor de R\$ 6.746,04 e como renda informal o valor de R\$ 1.750,00, totalizando R\$ 8.496,04, no qual foram aprovadas operações de crédito, o campo ‘classificação de risco por atraso – SIAPC’ nada registrando (IPL, e. 1, OUT11, p. 42);

i) contrato de relacionamento – abertura de contas e adesão a produtos e serviços – pessoa física relativo à adesão à modalidade de empréstimo CDC e cheque especial, com

limite de R\$ 3.000,00, firmado por E.M.M. e assinado por B.S.P., datado de 17.09.2008 (IPL, e. 1, OUT11, p. 50);

j) contrato de relacionamento – abertura de contas e adesão a produtos e serviços – pessoa física relativo à emissão de cartão de crédito e à adesão à modalidade de empréstimo CDC e cheque especial, com limite de R\$ 7.000,00, firmado por E.M.M. e assinado por A.R.S., datado de 09.01.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 53);

k) contrato de relacionamento – abertura de contas e adesão a produtos e serviços – pessoa física relativo à emissão de cartão de crédito e à adesão à modalidade de empréstimo CDC e cheque especial, com limite de R\$ 10.000,00, firmado por E.M.M. e assinado por B.S.P., datado de 11.02.2009 (IPL, e. 1, OUT12, p. 1);

l) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC Salário, no valor de R\$ 657,00, contratado por E.M.M. em 02.03.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 5);

m) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC Salário, no valor de R\$ 14.335,00, contratado por E.M.M. em 25.06.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 7);

n) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC Automático, no valor de R\$ 4.050,00, contratado por E.M.M. em 02.03.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 9);

o) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC Automático, no valor de R\$ 714,00, contratado por E.M.M. em 25.06.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 11);

p) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC Turismo, no valor de R\$ 5.000,00, contratado por E.M.M. em 29.06.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 13);

q) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC Automático, no valor de R\$ 5.000,00, contratado por E.M.M. em 29.07.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 15);

r) dados gerais do contrato nº [omissis], modalidade CDC Turismo, no valor de R\$ 3.300,00, contratado por E.M.M. em 07.07.2009 (IPL, e. 1, OUT11, p. 17);

s) extrato da conta nº [omissis], constando como ‘limite cheque azul’ o valor de R\$ 10.000,00 e registrando as movimentações realizadas no período de 23.04.2009 a 19.04.2011 (IPL, e. 1, OUT14, p. 31-33).

Em relação a essas operações, a comissão apuradora da CAIXA constatou o seguinte (IPL, e. 1, OUT20, p. 7):

‘7.3.5. Com relação à cliente E.M.M., trata-se de servidora pública federal que exerce a atividade de secretária do diretor administrativo do TRT 4ª Região – Porto Alegre.

7.3.5.1 Iniciou relacionamento com a CAIXA em 28.06.01 com a abertura da conta [omissis], encerrada em 02.05.06 (fl. 384).

7.3.5.1.1 Conforme consulta ao SICCF, essa conta teve 12 (doze) cheques devolvidos por motivo 12 – sem fundos – segunda apresentação, que não foram honrados pela cliente, sendo excluídos do sistema por decurso de prazo (fl. 402).

7.3.5.2 A cliente voltou a ter relacionamento com a CAIXA a partir de 22.07.08, com a abertura da conta [omissis] (fls. 404 a 405).

7.3.5.3 Em 19.08.08, foi efetuada avaliação de risco de cliente (fls. 414 a 416), tendo sido reprovada por relacionamento em face de estar com *rating* ‘H’ no SIAPC, ou seja, apresentar operações com atraso superior a 180 dias (fl. 415).

7.3.5.3.1 Nessa avaliação, consta que a cliente baixou 78 ocorrências de restrições cadastrais, dentre as quais 67 eram decorrentes de emissão de cheques sem fundos.

7.3.5.4 Em 17.09.08, foi efetuada nova avaliação no Siric (fls. 417 e 418), tendo sido aprovado o pacote de relacionamento padrão, que resultou na contratação de cheque especial – pessoa física (fl. 419), CDC (fl. 421) e cartão de crédito (fl. 420).

7.3.5.5 Foi efetuada nova avaliação do cliente em 09.01.09, incluindo renda informal de R\$ 550,00 (fis. 422 a 425), e outra avaliação em 11.02.09, inserindo renda informal de R\$ 1.750,00 (fis. 426 a 429), denotando propósito de aumentar o limite do cheque especial.

7.3.5.5.1 Não foram apresentados documentos complementares recomendados para que fosse aferida a efetiva existência da renda não comprovada, definindo perfil socioeconômico equivocadamente do cliente e aprovando limite de crédito incompatível com a real capacidade de pagamento.’

(...)

‘*JUIZ*: Com relação aos créditos para E.M.M., J.O.S.M. e M.K., seriam problemas de cadastro, questões assim, o senhor tem algo a esclarecer sobre isso?

RÉU: Na realidade, já foi dito aqui, inclusive por testemunhas de acusação, inclusive o auditor, explicando toda a situação de como funcionam os sistemas da CAIXA. *Em relação a problemas de cadastro, problemas de avaliação de operação, não há interferência minha. Dentro do PAB, nós tínhamos o A.R.S., primeiramente, quando eu fui para lá, que era quem fazia as avaliações de qualquer tipo de operação, portanto, fazia desde a inserção dos dados no sistema até a avaliação, eu simplesmente fazia ou não a concessão, dentro das alçadas determinadas.* Eu tinha uma alçada como gerente, eu tinha uma alçada como comitê de agência e comitê de superintendência, esclarecendo que o comitê de agência, como nós éramos poucos no PAB, eu não tinha um comitê, eu tinha um comitê em conjunto com a agência Praia de Belas. *As operações foram todas elas avaliadas, as que foram concedidas, todas elas avaliadas, com comprovação de renda, que existem e são de guarda do PAB.* Eu até citei assim, tentei explicar aqui, a CAIXA tem uma retaguarda que avalia a conformidade desde a abertura de conta até a contratação final de qualquer tipo de operação, inclusive a operação de câmbio, tá, então existe uma retaguarda. Havendo qualquer inconformidade na contratação, no atendimento, enfim, na documentação, no máximo em 24 horas tem que se fazer a correção da inconformidade. Isso foi dito aqui por colegas da CAIXA que explicaram tecnicamente e inclusive o auditor que fez a apuração do meu caso. Então, *em relação a problemas cadastrais, não há interferência absolutamente nenhuma minha, chegou a ser levantado aqui a situação de que, ‘ah, no mês de janeiro não aprovou a operação, no mês de fevereiro aprovou, o gerente mandou’, não, o gerente não manda, existe um sistema parametrizado que aprova ou não, e ele aprova ou não muito em consequência, em consequência da situação da CAIXA, muito captada de recursos a CAIXA precisa emprestar, há um afrouxamento nas concessões de crédito, se ela está muito tomada, há um cerceamento das operações de crédito, tomada de um tipo de recurso ou com aumento da inadimplência, qualquer das duas situações, o gerente não tem ingerência nessa situação, a não ser o fato de conceder ou não, mas conceder ou não com o aval de sistemas.*

JUIZ: Como aconteceu de a E.M.M. ter conta no PAB, o senhor sabe, o senhor recorda?

RÉU: A E.M.M. era servidora do tribunal, é servidora, até onde eu sei é servidora do Tribunal Regional do Trabalho.

JUIZ: Mas ela iniciou lá quando o senhor já era o gerente?

RÉU: Não, ela era cliente do PAB, que eu saiba, anteriormente.

JUIZ: Não foi com o senhor que ela abriu a conta?

RÉU: Que eu me lembre, não. Olha, não vou lhe dar certeza porque eu não sei, até porque quando eu cheguei lá a CAIXA tinha 17% da folha de pagamento do PAB, o dia que eu fui afastado da minha gerência nós tínhamos 48% da folha de pagamento do Tribunal,

então é impossível guardar todas essas situações, não lhe dou certeza, mas acho que ela já tinha conta no PAB, não lembro.

JUIZ: E J.O.S.M. também tinha conta lá, abriu com o senhor, como é que foi isso aí?

RÉU: Não, ele abriu posteriormente, se não me falha a memória, quando saiu a aposentadoria dele ou alguma coisa assim, e aí ‘linkando’ com aquilo que eu lhe falei das operações da E.M.M., das tentativas dela de construir, de buscar uma alternativa, até porque o J.O.S.M. trabalhava na área de construção civil, teria experiência, e ela queria buscar a possibilidade de construir essas unidades lá em Nova Tramandaí ou alguma coisa assim, na região ali. E aí abriram contas, eu estava me propondo a interceder na agência Praça da Alfândega para ver se, que eles tinham uma construtorazinha constituída... ver se a gente conseguia credenciar a construtora lá de maneira que eles pudessem fazer.

JUIZ: E M.K., a corrê, ela tinha conta no PAB?

RÉU: Também abriu, na mesma, se não me falha a memória, na mesma época, tá...

JUIZ: Como é que ela foi ao PAB, porque, ao que foi dito aqui pelas testemunhas arroladas por elas que foram ouvidas, ela trabalhava como manicure, ela trabalhava revendendo Avon, ela trabalhava com confeitaria, coisa assim, o que não impediria ela de ter uma conta no PAB, é claro, mas o senhor sabe por que ela foi ao PAB?

RÉU: Foi levada pela E.M.M.

JUIZ: Ela é nora da E.M.M., é isso?

RÉU: Ela é nora da E.M.M. Ela tinha conta conjunta com a E.M.M., que eu me lembro, se não falha a memória, era conta conjunta ou era da construtora, agora não me lembro direito disso.

JUIZ: Mas o senhor sabe por que naquele momento resolveram abrir, separar para contas individuais? De fato, consta que houvesse contas conjuntas.

RÉU: *Porque na realidade eles já estavam construindo e tinham necessidade de alguns valores, então a gente fez as avaliações, ver o que conseguia, e a minha proposta de levar a construtora pra buscar um credenciamento na Praça da Alfândega, porque eu já havia dito para a E.M.M., ‘E.M.M., tu construir com juros de cheque especial, ou mesmo do consignado, tu fazer construção fica impraticável’, entendeu, mas era uma forma que a gente tinha, até porque ela já estava em andamento, era uma forma, pela situação, era uma forma que se tinha de eu auxiliar a E.M.M., de fomentar, de buscar...*

(...)

MPF: Sobre essa questão da conta da senhora E.M.M., o senhor disse que ela já era correntista lá no posto quando o senhor assumiu?

RÉU: Olha, doutor, eu já disse, eu não lembro se ela já tinha conta ou se foi reativada a conta ou se foi aberta uma conta, isso eu não lembro, isso eu não lembro.

MPF: Certo. Ela abriu a conta no posto em julho de 2008, o senhor pediu para fazer uma avaliação dela de risco no Siric, tendo sido apontado pelo SIAPC um *rating* H?

RÉU: Eu não lembro, faz tempo.

MPF: O senhor recorda se mandou fazer, pediu uma nova reavaliação dela?

RÉU: Quem fazia as avaliações, na época, era o A.R.S., o A.R.S. poderia até responder com mais propriedade do que eu.

(...)

JUIZ: (...) Como está dito na denúncia, fora movimentações da sua conta durante o período de 2009 a 2011, que seriam movimentações fictícias para cobrir saldos devedores

para fins contábeis, notadamente existe uma acusação de que, no ano de 2008, a senhora tendo buscado a aprovação de limite de crédito no PAB...

RÉ: Sim.

JUIZ: A análise de risco de crédito apontou que a senhora tinha um índice H por pendências, inclusive operações com atrasos superiores a 180 dias, com 78 ocorrências de restrições, 67 por emissões de cheque sem fundos. De acordo com esse cadastro inicial, não haveria a liberação do crédito à sua pessoa. Na sequência, de acordo com a denúncia, houve mais uma consulta, e depois disso, em janeiro de 2009, teria sido lançada uma renda informal de 550 reais e depois uma renda informal de 1.750 reais a fim de aumentar o limite do cheque especial. A senhora tem conhecimento disso?

RÉ: 1.700... *Eu sei que eu levei uma renda pra aumentar, porque eu tenho o meu salário, né, que eu recebia pela CAIXA... O meu salário, era por isso que eu tinha o cheque especial, eu levei sim uma renda para aumentar, mas era de umas pousadas que a gente tinha lá, que era, que a gente alugava. Então isso aí tinha contrato, tinha tudo, que inclusive uma foi... a gente tinha duas pousadas, aí inclusive a gente, né, uma a gente entregou lá, a gente entregou porque não... né, e a gente alugava os apartamentos no verão. Aí eu levei, levei o contrato pro B.S.P., pra ele aumentar o meu, pra ver se dava, né, pra aumentar mais alguma coisa pra eu ter algum, mais benefício. Isso eu levei, levei mesmo, e isso aí eu tenho que foi dos, da pousada, que tinha uns apartamentinhos lá em Cidreira que a gente alugava no verão.*

JUIZ: Esses apartamentos, eles eram comprados, construídos, o que era isso?

RÉ: Não, não era construído, era, a gente tinha comprado lá, feito negócio lá, comprado, que inclusive depois a gente devolveu porque não teve mais condições de pagar.

JUIZ: E a senhora teve alguma atividade de construção?

RÉ: Sim, tivemos, tivemos em Tramandaí, porque o meu companheiro é construtor, a gente teve...

JUIZ: O seu companheiro é o corréu J.O.S.M., né?

RÉ: Sim, sim.

JUIZ: Como é que era essa atividade de construção?

RÉ: Eram uns apartamentinhos, sabe, construídos num terreno lá.

JUIZ: Alguma vez... Como é que funcionava, ele que tinha uma atividade de construção, a senhora tinha junto, como é que era?

RÉ: Sim, sim, ele construía, ele que construía.

JUIZ: Tá, e os recursos para a construção, como é que era?

RÉ: Recursos para a construção eu usei o meu limite do meu cheque especial, eu usei consignado, eu usei, é, o consignado, o cheque especial, que eu tô endividada até hoje, né, e CDCs.

JUIZ: E contratados onde?

RÉ: Na CAIXA lá, lá na CAIXA do TRT, na agência do TRT.

JUIZ: No PAB?

RÉ: No PAB.

JUIZ: Contratados com o B.S.P. ou com outro gerente?

RÉ: Com o B.S.P., contratados com o B.S.P. Eu, eu me endividei fazendo esses apartamentinhos, que era mais uma renda, né, pra gente, eu me endividei, e usei tudo recurso pessoal, eu não usei nada de, de, pela, pela... Pela empresa (...) não usei nada, nada, nada.

Eu usei tudo recurso pessoal, que eu tenho como provar isso aí, consignado é descontado em folha, tenho vários consignados até hoje, até hoje eu tenho, os meus CDCs eu usei tudo que eu podia, refinanciava eles, refinanciava e refinanciava os meus CDCs, sempre que dava, que o B.S.P. autorizava, eu refinanciava.

(...)

JUIZ: Qual é a sua renda no Tribunal?

RÉ: Hoje ela, assim, bruto, bruto, bruto, com todas as, né, eu ganho 14... Quase 15 mil.

JUIZ: E líquido? É que daí entram todos os créditos consignados e daí fica difícil...

RÉ: Ah, líquido tem todos os consignados...

JUIZ: Sim, sim, sim.

RÉ: E eu ganho, *pra lhe falar francamente, eu ganho 5.000, 5.300, por aí.*

JUIZ: E na época lá de 2011, 2009, 2011, a senhora recorda mais ou menos quanto é que era?

RÉ: Não lembro, porque a gente já faz tantos anos que não ganha aumento.

(...)

MPF: Dona E.M.M., essa conta número [omissis] lá no posto TRT, a senhora abriu essa conta em julho de 2008? Ou a senhora já tinha ela?

RÉ: Eu já tinha conta na CAIXA, né, porque a gente recebe ou pelo Banco do Brasil, ou pela CAIXA.

MPF: Mas era essa mesma conta anterior a julho de 2008?

RÉ: Não, eu acho que não era essa mesma, eu não me recordo, eu não me recordo a época certa em que foi aberta essa conta.

MPF: Aqui, consta aqui no inquérito, no evento 1, documento 11, página 32, uma declaração assinada pela senhora, alteração de dados bancários, onde a senhora pede que seus vencimentos sejam creditados nessa conta, a conta [omissis], datado de 22 de julho de 2008. A senhora sabe o porquê que a senhora pediu, foi porque a senhora abriu essa conta nessa data?

RÉ: Eu não me recordo, eu não me recordo, não me recordo mesmo assim as datas assim de, de abertura da conta.

MPF: Nessa época de junho de 2008, a senhora já tinha dívidas, já tinha uma situação devedora, a senhora tinha cheques sem fundos emitidos nessa época?

RÉ: Olha, olha, *eu vou lhe falar francamente, eu quase sempre estou endividada, né, então eu não posso lhe dizer, né, eu tenho que... e agora os cheques sem fundo, tem coisas que às vezes o cheque volta, volta pro, pro, como é que se chama, e daí a gente acerta, como já aconteceu várias vezes dos cheques que voltaram e eu peguei e acertei com a pessoa. Na verdade, tiveram alguns que eu não acertei, não levei no banco, por causa que as taxas eram muito altas e eu não tinha dinheiro para pagar, sabe? Então eu acertava com a pessoa e ficava com os cheques, e não apresentava no banco porque eu, porque eu não tinha dinheiro para pagar as taxas, e as taxas eram muito altas, de cheque devolvidos.*

MPF: Essa transferência do salário foi pedida em julho de 2008, no dia 19 de agosto de 2008 foi feita uma avaliação de crédito para a senhora, que, pelo sistema da CAIXA, foi negada, a senhora ficou sabendo disso? Dezenove de agosto de 2008, que houve uma negativa, pelo sistema da CAIXA, não aceitou lhe fornecer crédito?

RÉ: Não, eu não estou sabendo de nada, ninguém me falou nada.

MPF: Ninguém lhe falou? Posteriormente, dia 17 de setembro de 2008, foi feita uma nova avaliação no sistema e aí houve a aceitação de crédito. A senhora ficou sabendo disso?

RÉ: Dia quanto de?

MPF: Dia 17 de setembro de 2008.

RÉ: É tão longe assim que a gente, que eu não consigo me lembrar.

MPF: Aqui, conforme consta na denúncia, a senhora tem diversas operações de crédito, uma de 10 mil reais, uma de 657, uma de 14.335, 4.050, uma de, e duas de 5 mil reais, uma outra de 3.300.

RÉ: Isso aí deve ser os CDCs, né?

MPF: Pois é, esses aí são todos que a senhora obteve lá no posto depois de fazer essa troca do salário, a mudança do salário?

RÉ: Mudança do salário?

MPF: É, para crédito nessa conta [omissis]?

RÉ: Eu não lembro que conta eu tinha antes, eu não lembro quando é que eu mudei. *O que eu fiz, eu fiz os CDCs, que eu já disse que eu não nego, né, eu sempre disse, os CDCs que eu devo para a CAIXA, meu cheque especial, e consignados eu fiz na CAIXA, mas consignado vem descontado em folha. Agora, outras coisas eu não sei, de repente podem ser os CDCs, né, mas outro crédito particular de, de, eu nunca, nunca, né, a não ser esses CDCs e coisa.*

MPF: Esses rendimentos que a senhora tinha lá dos imóveis ali na praia, qual era o valor mensal?

RÉ: Deveria ser de uns... O meu salário?

MPF: Não, não, os rendimentos aqueles que a senhora falou que a senhora tinha, uns rendimentos que a senhora apresentou para o B.S.P. depois de um contrato de alguma coisa assim de imóveis, né?

RÉ: Ah, sim, dos sobradinhos que a gente alugava, as pousadinhas que a gente alugava no verão.

MPF: Isso.

RÉ: *Eu inclusive eu tenho lá os recibos e coisa, mas era coisa pouca assim de, de 400 pila, isso aí eu sei que eu apresentei, eu apresentei para ele se servia, se podia, né?"*

Decorrência disso, corroborando as conclusões do MM. Juiz Federal Guilherme Beltrami, às quais adiro e que adoto como razões de decidir, “os elementos probatórios acostados aos autos não sustentam as versões defensivas, demonstrando a autoria e o dolo dos réus para obtenção fraudulenta de operações de crédito, facilitada pela posição de B.S.P. como gerente-geral do PAB TRT4”.

De igual modo, a tese defensiva articulada em apelação não tem o condão de afastar o juízo condenatório exarado.

Nego provimento ao apelo da ré E.M.M.

Passo agora à dosimetria das penas, lançando mão de partir daquela elaborada pela sentença, fazendo as alterações que decorrem do julgamento das apelações interpostas.

Dosimetria das penas

1. B.S.P.

“Reconhecida a consunção, resta o réu condenado apenas pela prática do delito do art. 4º, *caput*, da Lei 7.496/86, considerado, aqui, como habitual. Assim, a série de atos fraudulentos praticados configura um único crime, não se podendo falar em continuidade delitiva.

a) Pena privativa de liberdade

A culpabilidade é normal. O agir do réu não se afigurou mais reprovável do que apurado em crimes da mesma espécie. Não há registro de antecedentes. A conduta social foi abonada por testemunhas, mas nada de relevante foi destacado. Resta prejudicada a investigação a respeito da personalidade, em face da ausência de elementos pelos quais possa ser aferida. Nada a consignar a respeito dos motivos. As circunstâncias são negativas, tendo em vista que o crime foi praticado por tempo considerável (junho de 2008 a maio de 2011) e que a gestão fraudulenta teve como resultado o desvio de valores da instituição financeira e de seus correntistas em proveito do réu e de terceiros. Foram apuradas consequências, uma vez que a Caixa Econômica Federal sofreu prejuízo expressivo. Não há relevância no comportamento da vítima. Assim, considerando duas circunstâncias negativas, fixo a pena-base em 4 (*quatro*) anos e 3 (*três*) meses de reclusão.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão espontânea, uma vez que o réu admitiu a prática de parte dos fatos imputados, o que foi considerado para convicção do juízo condenatório. Reduzo, assim, a pena em 3 (*três*) meses, resultando provisória em 4 (*quatro*) anos de reclusão, ausentes agravantes a considerar.

Diante da ausência de causas de aumento e de diminuição, fixo a pena definitiva em 4 (*quatro*) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, do CP.

b) Pena de multa

Transpondo para a pena de multa os critérios de individualização da pena já analisados, tenho por fixar a quantidade de dias-multa entre os limites mínimo e máximo, na exata proporção da pena privativa de liberdade. Ou seja, na mesma proporção de variação entre os limites mínimo e máximo. Para efeito de cálculo, considero somente a parte da pena mensurável em meses.

A multa é proporcionalmente fixada em 48 (*quarenta e oito*) dias-multa, arbitrando-se o valor do dia-multa em 1/4 do salário mínimo vigente quando da cessão da atividade delitiva (maio de 2011), atualizado até o efetivo pagamento, atendendo à condição econômica do réu evidenciada nos autos.

c) Substituição da pena

É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP).

Dentre as penas substitutivas, a prestação de serviço à comunidade é a mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. A prestação pecuniária vem em seguida, a despeito de seu caráter pecuniário, por sua destinação e por permitir o engajamento do condenado em obras sociais. As demais penas substitutivas são em geral menos proveitosas e exigem circunstâncias específicas, pelo que aplicáveis apenas em casos excepcionais. A perda de bens e valores, como pena

substitutiva, só se justifica quando não seja o perdimento já efeito da condenação e os bens e valores sejam ligados ao crime. A interdição temporária de direitos é aplicável apenas em casos em que o crime é cometido com abuso de direito. A limitação de fim de semana, muito embora exija comprometimento pessoal do condenado, é custosa e de menor proveito pessoal ou social. Já a pena de multa tem excessivo caráter pecuniário e, se já cominada para o tipo penal, representa dupla aplicação de pena da mesma natureza.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade por *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*, na forma dos arts. 43, 44, inc. I, § 2º, e 59, inc. IV, do CP, e por *prestação pecuniária*, que fixo em 15 (quinze) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento (art. 45, § 1º, do CP), a serem recolhidos em favor de instituições de cunho social, determinadas em execução.

O cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, a ser definido oportunamente, observará o disposto nos arts. 149 e 150 da Lei 7.210/84 e terá a mesma duração da pena privativa de liberdade que ora se substitui (art. 55 do CP).”

2. L.P.L.B.

“O réu foi condenado pelo delito do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, na forma do art. 29 do CP.

a) Pena privativa de liberdade

A culpabilidade é normal. Não há registro de antecedentes. Nada a consignar sobre a conduta social. Não há elementos para aferir a personalidade do agente. Os motivos são comuns ao delito. As circunstâncias não destoam do ordinário, a fraude perpetrada servindo à configuração do próprio delito. As consequências são negativas, uma vez que a operação de crédito não foi adimplida. Não há falar em comportamento da vítima. Assim, considerando a existência de uma circunstância negativa e nenhuma favorável, fixo a pena-base em 3 anos e 6 meses de reclusão.”

Nesse ponto, em face do parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal, a pena-base resta fixada em 3 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

“Ausentes atenuantes e agravantes, fica a pena provisoriamente estabelecida em 3 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

Na terceira fase, não se fazem presentes causas especiais de aumento ou diminuição, de modo que a pena fica definitivamente fixada em 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, do CP.”

Em que pese a pena do réu haver sido aumentada em 1 (um) mês e 15 (quinze) dias, mantenho a pena de multa e de prestação pecuniária nos patamares fixados pela sentença, que reputo adequados.

“b) Pena de multa

Transpondo para a pena de multa os critérios de individualização da pena já analisados, tenho por fixar a quantidade de dias-multa entre os limites mínimo e máximo, na exata

proporção da pena privativa de liberdade. Ou seja, na mesma proporção de variação entre os limites mínimo e máximo.

Assim, a *pena de multa vai fixada proporcionalmente em 29 (vinte e nove) dias-multa*, arbitrando-se o valor do dia-multa em *1/6 (um sexto) do salário mínimo* vigente à época do fato (abril de 2010), atualizado até o efetivo pagamento, em face das condições econômicas externadas nos autos.

c) Substituição da pena privativa de liberdade

É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP).

Dentre as penas substitutivas, a prestação de serviço à comunidade é a mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. A prestação pecuniária vem em seguida, a despeito de seu caráter pecuniário, por sua destinação e por permitir o engajamento do condenado em obras sociais. As demais penas substitutivas são em geral menos proveitosas e exigem circunstâncias específicas, pelo que aplicáveis apenas em casos excepcionais. A perda de bens e valores, como pena substitutiva, só se justifica quando não seja o perdimento já feito da condenação e os bens e valores sejam ligados ao crime. A interdição temporária de direitos é aplicável apenas em casos em que o crime é cometido com abuso de direito. A limitação de fim de semana, muito embora exija comprometimento pessoal do condenado, é custosa e de menor proveito pessoal ou social. Já a pena de multa tem excessivo caráter pecuniário e, se já cominada para o tipo penal, representa dupla aplicação de pena da mesma natureza.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade por *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*, na forma dos arts. 43, 44, inc. I, § 2º, e 59, inc. IV, do CP, e por *prestação pecuniária*, que fixo em *10 (dez) salários mínimos* vigentes na data do efetivo pagamento (art. 45, § 1º, do CP), a serem recolhidos em favor de instituições de cunho social, determinadas em execução.

O cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, a ser definido oportunamente, observará o disposto nos arts. 149 e 150 da Lei 7.210/84 e terá a mesma duração da pena privativa de liberdade que ora se substitui (art. 55 do CP).”

3. E.M.M.

“A ré foi condenada pelo delito do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, na forma do art. 29 do CP.

a) Pena privativa de liberdade

A culpabilidade é normal. Não há registro de antecedentes. Nada de relevante foi apontado acerca da conduta social da ré, a despeito das declarações abonatórias das testemunhas arroladas pela defesa. Não há elementos para aferir a personalidade do agente. Os motivos são comuns ao delito. As circunstâncias não destoam do ordinário. As consequências são negativas, uma vez que as operações de crédito não foram adimplidas. Não há falar em comportamento da vítima. Assim, considerando a existência de uma circunstância negativa e nenhuma favorável, fixo a pena-base em *3 anos e 6 meses de reclusão*.”

Nesse ponto, em face do parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal, a pena-base resta fixada em *3 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão*.

“Ausentes atenuantes e agravantes, fica a pena provisoriamente estabelecida em 3 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

Na terceira fase, não se fazem presentes causas especiais de aumento ou diminuição, de modo que a pena fica definitivamente fixada em 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, do CP.”

Em que pese a pena da ré E.M.M. haver sido aumentada em 1 (um) mês e 15 (quinze) dias, mantenho a pena de multa e de prestação pecuniária nos patamares fixados pela sentença, que reputo adequados.

“b) Pena de multa

Transpondo para a pena de multa os critérios de individualização da pena já analisados, tenho por fixar a quantidade de dias-multa entre os limites mínimo e máximo, na exata proporção da pena privativa de liberdade. Ou seja, na mesma proporção de variação entre os limites mínimo e máximo.

Assim, a pena de multa vai fixada proporcionalmente em 29 (vinte e nove) dias-multa, arbitrando-se o valor do dia-multa em 1/6 (um sexto) do salário mínimo vigente à época do último fato (julho de 2009), atualizado até o efetivo pagamento, em face das condições econômicas externadas nos autos.

c) Substituição da pena privativa de liberdade

É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP).

Dentre as penas substitutivas, a prestação de serviço à comunidade é a mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. A prestação pecuniária vem em seguida, a despeito de seu caráter pecuniário, por sua destinação e por permitir o engajamento do condenado em obras sociais. As demais penas substitutivas são em geral menos proveitosas e exigem circunstâncias específicas, pelo que aplicáveis apenas em casos excepcionais. A perda de bens e valores, como pena substitutiva, só se justifica quando não seja o perdimento já efeito da condenação e os bens e valores sejam ligados ao crime. A interdição temporária de direitos é aplicável apenas em casos em que o crime é cometido com abuso de direito. A limitação de fim de semana, muito embora exija comprometimento pessoal do condenado, é custosa e de menor proveito pessoal ou social. Já a pena de multa tem excessivo caráter pecuniário e, se já cominada para o tipo penal, representa dupla aplicação de pena da mesma natureza.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma dos arts. 43, 44, inc. I, § 2º, e 59, inc. IV, do CP, e por prestação pecuniária, que fixo em 5 (cinco) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento (art. 45, § 1º, do CP), a serem recolhidos em favor de instituições de cunho social, determinadas em execução.

O cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, a ser definido oportunamente, observará o disposto nos arts. 149 e 150 da Lei 7.210/84 e terá a mesma duração da pena privativa de liberdade que ora se substitui (art. 55 do CP).”

4. M.K.

“A ré foi condenada pelo delito do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, na forma do art. 29 do CP.

a) Pena privativa de liberdade

A culpabilidade é normal. Não há registro de antecedentes. Nada de relevante foi apontado acerca da conduta social da ré, a despeito das declarações abonatórias das testemunhas arroladas pela defesa. Não há elementos para aferir a personalidade do agente. Os motivos são comuns ao delito. As circunstâncias não destoam do ordinário. As consequências são negativas, uma vez que as operações de crédito não foram adimplidas. Não há falar em comportamento da vítima. Assim, considerando a existência de uma circunstância negativa e nenhuma favorável, fixo a pena-base em *3 anos e 6 meses de reclusão*.”

Nesse ponto, em face do parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal, a pena-base resta fixada em *3 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão*.

“Ausentes atenuantes e agravantes, fica a pena provisoriamente estabelecida em *3 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão*.

Na terceira fase, não se fazem presentes causas especiais de aumento ou diminuição, de modo que a pena fica definitivamente fixada em *3 (três) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, do CP.*”

Em que pese a pena da ré M.K. haver sido aumentada em 1 (um) mês e 15 (quinze) dias, mantenho a pena de multa e de prestação pecuniária nos patamares fixados pela sentença, que reputo adequados.

“b) Pena de multa

Transpondo para a pena de multa os critérios de individualização da pena já analisados, tenho por fixar a quantidade de dias-multa entre os limites mínimo e máximo, na exata proporção da pena privativa de liberdade. Ou seja, na mesma proporção de variação entre os limites mínimo e máximo.

Assim, a *pena de multa vai fixada proporcionalmente em 29 (vinte e nove) dias-multa*, arbitrando-se o valor do dia-multa em *1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do último fato (novembro de 2009)*, atualizado até o efetivo pagamento, em face das condições econômicas externadas nos autos.

c) Substituição da pena privativa de liberdade

É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP).

Dentre as penas substitutivas, a prestação de serviço à comunidade é a mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. A prestação pecuniária vem em seguida, a despeito de seu caráter pecuniário, por sua destinação e por permitir o engajamento do condenado em obras sociais. As demais penas substitutivas são em geral menos proveitosas e exigem circunstâncias específicas, pelo que aplicáveis apenas em casos excepcionais. A perda de bens e valores, como pena

substitutiva, só se justifica quando não seja o perdimento já feito da condenação e os bens e valores sejam ligados ao crime. A interdição temporária de direitos é aplicável apenas em casos em que o crime é cometido com abuso de direito. A limitação de fim de semana, muito embora exija comprometimento pessoal do condenado, é custosa e de menor proveito pessoal ou social. Já a pena de multa tem excessivo caráter pecuniário e, se já cominada para o tipo penal, representa dupla aplicação de pena da mesma natureza.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade por *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*, na forma dos arts. 43, 44, inc. I, § 2º, e 59, inc. IV, do CP, e por *prestação pecuniária*, que fixo em 3 (três) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento (art. 45, § 1º, do CP), a serem recolhidos em favor de instituições de cunho social, determinadas em execução.

O cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, a ser definido oportunamente, observará o disposto nos arts. 149 e 150 da Lei 7.210/84 e terá a mesma duração da pena privativa de liberdade que ora se substitui (art. 55 do CP).”

5. Valor mínimo para reparação do dano

“O Ministério Público Federal, na denúncia e em memoriais, requereu que fosse fixado valor mínimo para reparação dos danos, considerando os prejuízos sofridos pela instituição financeira, representados pelos saldos devedores em contas e contratos existentes à época da apuração administrativa (IPL, e. 1, OUT20, p. 9), cuja situação atual foi apontada no ofício do e. 48 do IPL.

A defesa de B.S.P. contestou a apuração de valores realizada pela instituição financeira. A defesa de E.M.M. e M.K., por sua vez, apontou que a própria Caixa Econômica Federal cancelou as dívidas existentes em nome das rés, nos termos de acordo formalizado na seara cível. Em seu interrogatório, B.S.P. aduziu que a instituição financeira fez o somatório dos valores transferidos para as contas, quando, na realidade, não se trata de soma, mas do mesmo valor ciclicamente transferido de uma conta para outra.

Diante da percuciência dos argumentos do réu e de sua defesa, uma vez que comprovada a realização de movimentações cíclicas do mesmo valor entre diversas contas, e considerando a existência de ações de cobrança interpostas pela Caixa Econômica Federal contra os acusados, bem como de ação de improbidade administrativa contra o réu B.S.P., considero não haver elementos suficientes para, nesta ação penal, arbitrar valor mínimo de reparação dos danos, questão que poderá ser melhor resolvida no âmbito cível.”

Execução provisória das penas

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292, firmou entendimento de que, *concluído pelo segundo grau de jurisdição o julgamento dos recursos interpostos, com manutenção das condenações impostas em sentença e/ou mesmo impondo-se condenação, é cabível a imediata execução da pena, independentemente da eventual interposição ou mesmo da eventual admissibilidade de recursos especial ou extraordinário*. Veja-se a ementa do julgado:

‘CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão

penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.’ (STF, HC 126.292, relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJe-100, divulg. 16.05.2016, public. 17.05.2016)

Percebe-se que o STF decidiu pela possibilidade de execução provisória da pena após o duplo grau de jurisdição, tendo por base a necessidade de combater a morosidade da justiça e a sensação de impunidade, bem como para responder aos anseios sociais.

A partir desse entendimento, esta Corte Regional, por meio da 4ª Seção, nos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5008572-31.2012.4.04.7002, estabeleceu as seguintes condições para início do cumprimento das sanções corporais e/ou das penas restritivas de direito, quais sejam:

a) *quando se completar o julgamento da apelação criminal, que se dará após o julgamento dos eventuais embargos de declaração interpostos do acórdão que a tiver julgado;*

b) *quando transcorrer in albis o prazo para a interposição de embargos infringentes e de nulidade, no que tange à parcela do julgado que poderia dar ensejo à sua interposição; e*

c) *quando se completar o julgamento de embargos infringentes e de nulidade eventualmente interpostos, mas após julgamento dos eventuais embargos de declaração interpostos do acórdão que os tiver julgado.*

Foi assentado, ainda, pelo colegiado que eventual interposição abusiva de embargos de declaração, uma vez reconhecida, não constituirá óbice ao imediato início da execução da pena, quando cabível.

Posteriormente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a Súmula nº 122, com a seguinte redação:

“Súmula 122

Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.”

Assim, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio da sua secretaria, encaminhará comunicado ao juízo de origem, dando-lhe ciência do preenchimento das condições necessárias ao início da execução da pena e remetendo as peças necessárias à formação ou à complementação do processo de execução penal.

Da mesma forma, ainda que haja recurso exclusivo da defesa e não haja pedido do Ministério Público para ser dado início à execução da pena, é certo que, esgotando-se a jurisdição ordinária com a formação ou a confirmação de um juízo condenatório em segundo grau, inexistente óbice para o cumprimento das penas privativas ou alternativas.

E essa regra de cumprimento provisório da pena privativa de liberdade alcança também as condenações que impõem as penas alternativas (restritivas de direitos).

Aliás, quanto a esse tema, a despeito do entendimento expendido pelo STJ no ERESP 1.619.087-SC, alinhado-me à posição adotada no Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível o início da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Esclareço que, embora o Tribunal Pleno não se tenha manifestado expressamente sobre o tema, no voto lançado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento paradigma do Supremo Tribunal Federal, o HC 126.292, consta expressamente que o artigo 147 da Lei

de 7.210/1984 não constitui óbice para a execução penal provisória. Transcrevo trecho do referido voto:

‘(...)

No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos tribunais superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

(...)

Outrossim, no HC 142.750/RJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afirmou que a pena restritiva de direitos pode ser executada provisoriamente, com aplicação da tese do Tema 925 do STF:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE SELO DESTINADO AO CONTROLE TRIBUTÁRIO. ARTIGO 293, I, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CRFB/88, ART. 102, I, *D E I*. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A execução provisória da pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADCs nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17.11.2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10.08.2016. 2. *Omissis*. 3. *Omissis*. 4. Agravo regimental desprovido.’ (HC 142.750 AgR, relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.06.2017, processo eletrônico, DJe-128, divulg. 14.06.2017, public. 16.06.2017)

Aqui, peço vênia para transcrever, ainda, excertos do voto do HC 142.750/RJ (02.06.2017), de lavra do Ministro Luiz Fux:

‘(...) apesar de a pena restritiva de direitos não ter como pressuposto a segregação do condenado em estabelecimento prisional, não se pode questionar sua natureza de sanção penal, mormente se considerada a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade. Assim, não se visualiza qualquer razão para que se diferenciem as duas modalidades de sanção no que condiz à possibilidade de execução provisória da pena.

Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, na qualidade de princípio, e não de regra, é passível de ponderação com outros princípios e valores constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos tribunais superiores acerca da matéria fático-probatória.’

Nessa quadra, atendidas as condições estabelecidas nos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5008572-31.2012.4.04.7002 (letras ‘a’ a ‘c’ acima), com o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, *deve a Secretaria realizar a imediata comunicação ao juízo de origem, para a atualização do processo de execução provisória das penas impostas aos réus condenados e a continuidade da execução, independentemente da prisão preventiva que foi decretada.*”

Conclusão

Provido parcialmente o recurso do Ministério Público Federal para afastar a consunção do delito de apropriação pelo crime de gestão fraudulenta e para redimensionar o *quantum* de aumento de cada vetorial avaliada desfavoravelmente em relação ao delito de gestão fraudulenta, unificando-se tal valor em 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias para cada vetorial desfavorável, aplicando-se o critério aos réus L.P.L.B., E.M.M. e M.K. Dar parcial provimento à apelação de B.S.P. para absolvê-lo quanto ao delito do art. 5º da Lei 7.492/86, reconhecendo-se a atipicidade da conduta de apropriação indébita financeira, em face da ausência do elemento subjetivo do tipo – ânimo de apropriar-se –, decorrente da circunstância fática de que, antes do recebimento da denúncia, o réu reparou os danos de limites de crédito impagos em conta corrente e de inconformidades detectadas nos contratos de seu grupo familiar, integrantes da imputação formulada na denúncia. Negar provimento às apelações dos demais réus.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, dar parcial provimento à apelação do réu B.S.P. para absolvê-lo do delito do art 5º da Lei nº 7.492/86, por atipicidade da conduta, negar provimento às demais apelações e determinar, quando houver o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, a imediata comunicação ao juízo de origem para a atualização da execução provisória em curso.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Carlos Canalli: Pedi vista dos autos para examinar a questão da apropriação, mormente a partir das narrativas das sustentações orais da acusação e da defesa do réu B.S.P.

No tocante ao crime de gestão fraudulenta, ratifico as conclusões indicadas no voto da relatora, forte nos argumentos ali contidos.

Igualmente, no crime de apropriação, concordo e ratifico as razões apontadas pela relatora, *no que tange (a) à rejeição da preliminar de cerceamento de defesa; e (b) à autonomia desse crime frente ao de gestão fraudulenta.*

Divirjo, contudo, e nos termos da motivação infra, quanto à aplicação do arrependimento posterior como fator a revelar atipicidade da conduta.

Da sentença, no tocante ao que restou evidenciado sobre a conduta de apropriação, compreendida esta como ato voluntário de – repiso – apropriação ou de desvio de valores dos quais o agente detinha a posse, física ou jurídica, destaco o seguinte excerto – evento 578 da ação penal:

“Conforme exaustivamente analisado na presente decisão, B.S.P. realizava transferências irregulares entre determinadas contas correntes diretamente no sistema bancário SIAPV, ao qual tinha acesso na condição de gerente-geral da agência da Caixa Econômica Federal localizada no TRT da 4ª Região. As transferências eram feitas de forma oculta, sem o conhecimento dos clientes. Uma de suas consequências era a indisponibilidade de recursos nas contas, o que era posteriormente regularizado por B.S.P. com a realização de novas transferências cruzadas, dentro do prazo exigido pelo sistema, após o qual ocorreria sua responsabilização pessoal. Assim agindo, B.S.P. ocultava a prática das fraudes e evitava impacto negativo no sistema de avaliação de unidades.

A realização das transferências entre as contas tituladas por *C.C.P., I.C.P., J.O.S.M., M.K. e EJM Construtora e Incorporadora Ltda.* foi confirmada pelo próprio réu B.S.P. em juízo, que explicou ter assim agido por estar passando por dificuldades financeiras, sua intenção sendo a de ‘ganhar tempo e não deixar estourar nenhum prazo, uma espécie de um recurso protelatório lá que eu imaginei lá que poderia dar tempo para buscar uma solução. Aí não foi só uma transferência, tem uma transferência que veio, tem uma transferência que foi, depois ela voltou, depois ela foi, porque as contas eu fui usando, era o que eu tinha, não tinha outra maneira, eu não tinha como resolver a situação’. Já no bojo do procedimento administrativo, B.S.P. havia admitido ter ‘lançado mão de transferências entre contas de suas filhas como forma de fazer crédito até que conseguisse regularizar a situação’.

Especificamente em relação à conta de *G.P.G.*, B.S.P. admitiu em juízo ter transferido valores dessa conta para a de sua filha *B.C.P.*, os quais seriam parte do pagamento de uma dívida da qual era credor de *L.F.G.* No interrogatório, o réu afirmou que *L.F.G.* ‘ficou de depositar para o *G.P.G.* e a conta acabou ficando estourada. Foi um artifício que eu usei, né,

no débito que foi feito, mas ele não honrou o compromisso’, e que ‘acabou me perdendo na situação porque ficou faltando e eles não depositaram mais’.

Em relação às contas pessoa física de *H.L.B.*, conforme já analisado, o procedimento apuratório da Caixa Econômica Federal constatou que, no período entre 12.01.2010 e 14.04.2011, B.S.P. efetuou 24 débitos a partir da conta [*omissis*], de *H.L.B.*, para as contas tituladas por ‘C.D. e/ou L.P.L.B.’, ‘B.C.P.’ e ‘H.L.B.’ (conta nº [*omissis*]), perfazendo o total movimentado de R\$ 135.294,00.

No mais, foi reconhecido nesta sentença que *as operações de crédito* em favor de *B.C.P. e C.C.P.* (item b-i), *H.L.B.* (item b-ii), *E.M.M.* (item b-iii) e *M.K.* (item b-iii) foram concedidas por B.S.P. de forma fraudulenta, mediante a realização de negócios simulados e a inserção de renda ideologicamente falsa nos sistemas internos de avaliação de risco, a fim de simular patamar monetário apto à concessão dos créditos.

A toda evidência, a concessão de crédito rotativo na modalidade cheque especial a *E.M.M.* e *M.K.* teve como desiderato o incremento dos valores movimentados de forma irregular por B.S.P. nas transferências cruzadas. O mesmo ocorre com a concessão de cheque especial a *C.C.P.* e a *B.C.P.* sem a necessária deliberação do Comitê de Avaliação de Negócios e Renegociação da CAIXA, realizada com o mesmo desiderato.

Em relação à operação de crédito irregularmente concedida em favor do empresário individual *H.L.B.*, restou comprovado que B.S.P. e L.P.L.B. agiram em conluio para obtenção fraudulenta de empréstimo, utilizando a empresa individual de *H.L.B.* como interposta pessoa e declaração de faturamento ideologicamente falsa a fim de simular patamar monetário compatível, o que foi sobremaneira facilitado em razão da posição de B.S.P. como gerente-geral e presidente do Comitê de Crédito da agência. Após a liberação do crédito de R\$ 35.000,00 a *H.L.B.*, B.S.P. desviou R\$ 11.000,00 para a conta de L.P.L.B. e R\$ 13.000,00 para a conta de sua filha *B.C.P.*, fato admitido por ambos os réus em juízo.

Por fim, a conduta imputada restou igualmente comprovada em relação à concessão de financiamento a *C.C.P.*, fundada, como já examinado, em compra e venda simulada com o objetivo de B.S.P. obter valores para arcar com despesas pessoais e quitar financiamento anterior contratado em nome de sua filha *B.C.P.* Conforme admitido em juízo, B.S.P., valendo-se de sua função, liberou e creditou os recursos do financiamento na data da assinatura do contrato de compra e venda, antes do registro da operação no cartório de registro de imóveis, sendo o beneficiário direto dos valores.”

Por conseguinte, e agora com a vênua da relatora, não visualizo que possa ter havido diverso encadeamento no agir do recorrente B.S.P., tal qual aponta Sua Excelência e diversamente do que indicado na sentença sobre os fatos que caracterizam a apropriação. Ele expressamente confessou, em juízo, ter desviado valores existentes em contas, normais ou de investimento, não só do seu grupo familiar (*I.C.P.*, *C.C.P.* e *B.C.P.*), mas também de *J.O.S.M.*, de *M.K.*, da *EJM Construtora* e de *G.P.G.* Quanto aos demais, a solução no processo disciplinar, ratificada documentalmente na instrução processual, denotou que houve desvio em relação a cifras das contas de *H.L.B.* e de *E.M.M.* Dentro desse con-

texto, é inviável considerar que a apropriação se teria subsumido a sete contratos, sendo eles restritos às pessoas que integram o grupo familiar de B.S.P. *Daí emerge duas jurídicas consequências.*

Uma delas é que, por mais que o dano tenha sido reparado no tocante a I.C.P, C.C.P. e B.C.P., em momento anterior ao do recebimento da denúncia, fato é que o prejuízo decorrente da apropriação das cifras das demais contas persiste em aberto. Logo, se a reparação do dano não é integral, é impertinente a concessão do benefício do artigo 16 do Código Penal. Nesse particular aspecto, independentemente do valor residual a ser ressarcido em favor da CEF, a defesa confirmou essa realidade. Com efeito, foi consignada a pendência de pagamento de cerca de R\$ 200.000,00, o que, talvez, já seja objeto de renegociação entre o réu e a instituição financeira. A exatidão da quantia, contudo, desimporta à consequência jurídica que pretende a defesa com a declaração da reparação do dano.

Primeiro, porque, para que concedida a benesse da diminuição da reprimenda, a eficácia do instituto reclama prévia, voluntária e integral reparação. No caso, ela não foi integral, tampouco prévia, porquanto, recebida a exordial acusatória, o ressarcimento total não se havia implementado. Enfim, dúvida há sobre a voluntariedade na reparação parcial ultimada, que, vale destacar, é originalmente limitada ao núcleo familiar do réu B.S.P. Nesse diapasão, valeu-se o réu de dados e documentos dos mais próximos familiares como meio para a apropriação; além desses, de terceiros já referidos, igualmente. Não obstante, no instante de reparar o dano, a primazia foi direcionada à esposa e às filhas, persistindo os terceiros por maior tempo com as “pendências” perante a CEF. Essa opção fragiliza a voluntariedade do arrependimento quando denota a preferência pela família em detrimento de terceiros. Das declarações do réu, é viável inferir repousar em suas dificuldades financeiras a motivação da apropriação executada, essencialmente que foi por transferências cruzadas. Não há, portanto, arrependimento, mas, sim, uma tentativa de isentar os familiares de eventual responsabilização, senão na seara criminal, na cível.

A segunda, em verdade relativamente independente dessa primeira assertiva, é a de que a reparação do dano não implica atipicidade da conduta incriminadora ao argumento de ausência do ânimo de apro-

priação. Com efeito, a letra do referido artigo é objetiva no sentido de ensejar a redução da pena, de um a dois terços, em caso de reparação do dano, voluntária e integral. Em outras palavras, a consumação do crime é pressuposto ao exame da – eventual – incidência da causa especial de diminuição de pena. Assim, a ação do – então – investigado em reparar o dano causado ou restituir a coisa objeto do crime antes do recebimento da inicial acusatória autoriza que seja reduzida a sanção que lhe será imposta. Não há, portanto, autorização legislativa sobre amenizar ou excluir a responsabilidade criminal por ausência de dolo.

Em sintonia, recentes precedentes do colendo STJ, cujas ementas estão adiante transcritas:

“*HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ARGUIÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. AFASTAMENTO DO *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. MÍNIMA LESIVIDADE. CARÁTER FRAGMENTÁRIO DO DIREITO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. (...) 3. O impetrante afirma que o paciente teria restituído os valores à vítima, a qual não seria analfabeta funcional. Entretanto, o afastamento do *animus rem sibi habendi*, elemento subjetivo do tipo, demanda revolvimento fático-probatório incabível na via estreita do *writ*. Precedentes. 4. Segundo a tese da defesa, a conduta do paciente deve ser considerada atípica, dada a sua mínima lesividade, considerando o caráter fragmentário do Direito, todavia, o dolo específico de assenhoramento definitivo deve ser aferido na conduta do agente, sendo possível coexistir, em tese, a prática dolosa do delito e posterior reparação do prejuízo. *Frise-se que, conforme jurisprudência do STJ, no crime de apropriação indébita, o ressarcimento do dano não exclui a tipicidade, apenas configura causa de redução da pena, se praticado antes do recebimento da denúncia, conforme artigo 16 do Código Penal – CP, o qual trata do arrependimento posterior. Precedentes. (...) 6. Habeas corpus não conhecido.*” (HC 488.055/PR, rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19.02.2019, DJe 26.02.2019 – sem destaques no original)

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. ART. 168, *CAPUT* E § 1º, III, CP. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. COMPROVAÇÃO DO *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REPARAÇÃO PARCIAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. REVISÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 16 DO CP. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REPARAÇÃO POSTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A ENSEJAR A REFORMA DA DECISÃO. (...) 3. É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento segundo o qual a restituição do bem ou o ressarcimento do dano não são

hábeis a excluir a tipicidade do crime ou afastar a punibilidade do agente. Precedentes. (...)” (AgRg no AREsp 828.271/SC, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19.04.2016, DJe 03.05.2016 – sem destaque no original)

E do voto condutor deste último julgado, reproduzo o seguinte ex-certo, *in verbis*: “Outrossim, o fato de ter havido a devolução do valor indevidamente apropriado não afasta a tipicidade do crime de apropriação indébita”.

Em consequência, por mais que o dano tenha sido reparado no tocante a I.C.P., C.C.P. e B.C.P., tenho (a) não ter sido integral essa reparação de prejuízo acarretado pelo corréu B.S.P. à CEF; e, ainda, (b) não ser viável, conforme previsão do artigo 16 do Código Penal, a exclusão da tipicidade em face da ausência do elemento subjetivo do tipo.

Nessa linha de raciocínio, este Regional tem decidido ser imprescindível a integral reparação do dano para que o arrependimento posterior possa ser reconhecido em favor do réu. Acerca disso, *mutatis mutandis*, o seguinte aresto:

“DIREITO PENAL. PECULATO. ART. 312 DO CP. FUNCIONÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SAQUES E CRÉDITOS SUCESSIVOS EM CONTAS DE CORRENTISTAS. CONFISSÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO PARCIAL DO DANO. NÃO APLICABILIDADE. CRIME ÚNICO COM EXECUÇÃO FRACIONADA NÃO RECONHECIDO. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. 1. O funcionário da CEF que realiza saques de contas correntes e créditos em outras contas e, ao fim, apropria-se de valores comete crimes de peculato previstos no art. 312, § 1º, do Código Penal. 2. O réu confessou que realizou diversos saques e créditos em contas de clientes da Caixa, devendo ser mantida a condenação por crimes de peculato. 3. *A devolução parcial da quantia da qual o réu se apropriou não faz incidir o arrependimento posterior previsto no art. 16 do CP, porquanto a reparação do dano deve ser integral, voluntária e antes do recebimento da denúncia ou queixa. Precedentes.* 4. Mesmo a CEF tendo arcado com o prejuízo total, as diversas práticas criminosas, consistentes em saques de contas correntes, não podem ser entendidas como crime único de execução fracionada, por terem sido cometidas contra diversas pessoas diferentes e em momentos distintos. 5. Reconhecida a continuidade delitiva, na fração máxima de 2/3, em razão de se tratar de 13 crimes de peculato, conforme jurisprudência. 6. Execução provisória da pena autorizada, conforme entendimento firmado pelo STF (HC 126.292). Súmula 122 TRF4.” (TRF4, ACR 5063367-51.2016.4.04.7000, Sétima Turma, relatora Salise Monteiro Sanhotene, juntado aos autos em 27.03.2019)

Do voto, reproduzo, adiante, o argumento fático pelo qual juridicamente impertinente o reconhecimento do arrependimento posterior, *in verbis*:

“Deve ser mantida a não aplicabilidade do arrependimento posterior ao caso em tela, pois, em que pese tenha o réu agido voluntariamente e antes do recebimento da denúncia, devolveu apenas parte do dinheiro.

Com a ressalva de precedente isolado e não consolidado da Primeira Turma do STF citado na apelação, o entendimento deste Regional é de que, para que incida a causa de diminuição do art. 16 do CP, a reparação do dano ou a restituição da coisa deve ser voluntária, antes do recebimento da denúncia ou da queixa e *de forma integral*.” (grifado no original)

Logo, já demonstrada a necessidade da condenação de B.S.P. pela prática do crime de apropriação do artigo 5º da Lei nº 7.492/86, porque revelados materialidade, autoria e dolo no seu agir, a ausência de reparação integral, nos termos do artigo 16 da lei penal substantiva, inibe que seja reconhecido o arrependimento posterior e, por conseguinte, a consequente diminuição da pena. Tampouco se cogita, dessa forma, de atipicidade da conduta, nos termos dos fundamentos *supra* desenvolvidos.

Outrossim, vale consignar estar hígida a pretensão estatal no que concerne à pretensão acusatória pelo(s) fato(s) apropriação. O alerta é relevante porque a prescrição tem o condão de inibir o exercício daquela. Todavia, os fatos remontam a 2008, estendendo-se até 2011. Parcela do intervalo antecede à alteração do artigo 109 do Código Penal pela Lei nº 12.234, de 06.05.2010, quando permitida a fluência do lapso prescricional pela pena concretizada na sentença entre as datas do fato e do recebimento da denúncia. Não obstante isso, acerca de B.S.P., o intervalo necessário para extinção da punibilidade no crime de apropriação é de oito anos. Conquanto adiante retome esse aspecto da dosimetria para o crime do artigo 5º da Lei nº 7.492/86, importa neste momento dizer que a pena-base não fica no mínimo porque há vetoriais desfavoráveis ao agente, na linha do que já delineado na sentença no tocante ao crime de gestão fraudulenta: mesmo com a atenuante da confissão, a pena fica acima de dois anos. Logo, não tendo fluído o hiato de oito anos entre as datas do fato e do recebimento da denúncia, tampouco entre os seguintes marcos interruptivos da prescrição, a persecução não está arrefecida. Arremato o tópico mencionando ser importante este alerta para a subsequente análise da sistemática de reprimenda do(s) crime(s). E isso porque, se prescrição houvesse, de concurso ou de consunção não se cogitaria.

Dessa forma, como tenho por típica a conduta do artigo 5º da Lei nº 7.492/86, de apropriação, relativamente a B.S.P., e hígida a pretensão

punitiva, *prossigo no exame da controvérsia, a partir desse ponto*, pelo qual reconhecidas como típicas as condutas de gestão fraudulenta e de apropriação.

Pois bem, reconhecida a necessidade de responsabilização criminal de B.S.P. pela gestão fraudulenta e pela apropriação, verifico como se dará esta frente ao contexto dos fatos.

Em casos como o ora sob exame, a dúvida reside em desvendar sobre se estar diante de uma conduta primaz, hábil a absorver a outra, de um concurso material de crimes ou, ainda, de concurso formal, e, este, se próprio ou impróprio. Verifica-se, portanto, a ocorrência de concurso de crimes; ou de concurso de normas, com ou sem conflito entre estas e seja ele aparente ou não. Havendo concurso de crimes, será ele material ou formal, como acima referido. Havendo concurso de normas, este será solvido pela aplicação dos critérios de solução de antinomia (hierárquico, especial e temporal) ou, ainda, pelo princípio da consunção (ou absorção).

A hodierna jurisprudência deste Regional, em casos de similar jaez, tem compreendido pela hipótese de concurso formal, consoante exemplificam, *mutatis mutandis*, os julgados a seguir transcritos:

“PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTE E DESVIO. ARTIGOS 4º E 5º DA LEI 7.492/86. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PENA EXTINTA HÁ MAIS DE 05 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. APLICAÇÃO. (...) 5. Se, por um lado, verifica-se que a apropriação indébita financeira não constituiu meio necessário para a gestão fraudulenta, tampouco o inverso, de modo que é inaplicável o princípio da consunção, de outro, cabe observar que diversas das operações de crédito que foram consideradas para a configuração de gestão fraudulenta foram também utilizadas para a prática de apropriação indébita. Assim, ainda que haja certa autonomia entre as condutas, as condutas de apropriação/desvios de valores deram-se no contexto da habitualidade dos atos de gestão fraudulenta perpetrados pelo réu, devendo ser reconhecido o concurso formal entre os crimes. (...)” (TRF4, ACR 5024228-92.2016.4.04.7000, Oitava Turma, relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 08.04.2019)

“PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. GESTÃO FRAUDULENTE. APROPRIAÇÃO FINANCEIRA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO PARA UM DOS RÉUS. CONSUNÇÃO. AFASTAMENTO. CONCURSO FORMAL. ELEMENTOS DO DELITO CARACTERIZADOS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AJUSTES. APROPRIAÇÃO FINANCEIRA. PENA CONCRETAMENTE APLICADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO DOS DANOS. FIXAÇÃO.

(...)” (TRF4, ACR 5074235-50.2014.4.04.7100, Sétima Turma, relatora Claudia Cristina Cristofani, juntado aos autos em 18.05.2017)

Nesse particular aspecto, a motivação da sentença foi desenvolvida nos termos a seguir reproduzidos, *in verbis*:

“Uma vez comprovada a prática das condutas insertas nos arts. 4º, caput, e 5º, ambos da Lei 7.492/86, cabe decidir pela presença de concurso de delitos ou de conflito de normas, o qual seria resolvido pelo princípio da especialidade, em que haveria a prevalência dos delitos previstos nos tipos autônomos sobre o de gestão fraudulenta; ou pelo princípio da consunção, em que o delito de gestão fraudulenta absorveria os demais, por ser o mais grave.

Sobre o tema, assim se posicionou Juliano Breda:

‘Como alguns delitos da Lei 7.492/86 são cometidos mediante o uso de expedientes fraudulentos, sempre o intérprete enfrentará situações de conflito aparente de normas. A gestão fraudulenta é, portanto, a prática reiterada de crimes contra o SFN, absorvendo os tipos autônomos em continuidade. A interpretação que se dá hoje é o concurso material ou formal da gestão com o tipo autônomo em continuidade, sendo que as ações são as mesmas. É esta a posição de Rodolfo Maia: ‘Se o meio fraudulento utilizado no ato de gestão subsumir-se a outro tipo penal (v.g., estelionato, sonegação fiscal), haverá concurso ideal entre os crimes, não sendo de aplicar-se os princípios da consunção (absorção pelo crime-fim do crime-meio, usualmente utilizado em sua prática, e que teve seu potencial lesivo exaurido na realização daquele, v.g. estelionato e falso) ou da subsidiariedade (absorção pelo crime-fim do crime-meio, etapa indispensável à realização daquele, v.g. lesão corporal e homicídio), uma vez que distintas as objetividades jurídicas e os sujeitos passivos nos respectivos tipos’. A argumentação é parcialmente correta, pois se refuta a aplicação dos princípios que solucionam o concurso aparente de normas sem explicar o fundamento. A objetividade jurídica é quase sempre a mesma nos delitos contra o Sistema Financeiro Nacional. É certo o critério proposto no exemplo oferecido, concurso entre gestão fraudulenta e sonegação, porque resta evidentemente distinta a objetividade jurídica. Quanto ao falso, é de aplicar o critério consagrado pelo STJ em sua Súmula 17. Não se poderá também aplicar em concurso o crime de estelionato, já que o ardil e o induzimento em erro do sujeito passivo estão ínsitos no tipo do art. 4º. Negar a consunção, nesse caso, é renunciar aos mais básicos princípios hermenêuticos do direito criminal. A unidade da conduta deve ter como requisito somente a identidade do bem jurídico violado, não a diversidade de sujeitos passivos, a não ser que se defenda um temerário direito penal desligado do conteúdo da objetividade normativa. No sentido de se afastar o concurso entre tipificações autônomas dos ardis e o delito de gestão fraudulenta, é o importante acórdão do TRF da 4ª Região: ‘Correto o entendimento da magistrada de primeiro grau ao considerar o estelionato, a falsificação, a gestão temerária e a operação com títulos sem lastro subsumidos no delito de gestão fraudulenta, inexistindo, dessa forma, concurso formal de crimes’. A interpretação que parece mais próxima de um caráter científico é a de que a gestão fraudulenta só se caracteriza se a conduta criminosa repetida não se amoldar a outro tipo penal combinado com o art. 71 do CP. Caso haja essa subsunção, desaparecerá a gestão fraudulenta, pois a tutela do bem jurídico já estará abrangida pela outra norma aplicada em continuidade delitiva. (...) Assim, se um administrador de instituição financeira, utilizando-se de meios fraudulentos, induzir em erro seu sócio por diversas vezes, a imputação correta é a da prática do delito inscrito no

art. 6º, combinado com o art. 71, excluindo-se a gestão fraudulenta, porque a conduta já está devidamente amoldada em outra previsão típica, especial em relação ao art. 4º, por agregar outros elementos. O concurso aparente entre a gestão fraudulenta e o crime do art. 6º resolve-se pela especialidade dos sujeitos passivos descritos no art. 6º, ou seja, quando o induzimento em erro mediante fraude não for cometido em detrimento de sócio, investidor ou de repartição pública competente em continuidade, será gestão fraudulenta. Não se admitirá, também, pelos mesmos fatos, concurso material entre o estelionato do art. 6º e a gestão fraudulenta. Da mesma forma, em relação aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 7.492/86, que tipificam as seguintes condutas do administrador de instituição financeira: (...). As três situações configuram conflito aparente de normas penais, solucionadas pelo princípio da especialidade. Em relação aos dois primeiros delitos, caso constatada a continuidade dos falsos, aplica-se apenas o art. 9º ou 10, combinados com o art. 71 do CP. No terceiro caso, igualmente inexistirá o concurso com o crime em estudo, aplicando-o isoladamente, agora sem a incidência da regra da continuidade delitiva, porquanto se trata, a toda evidência, de um crime permanente. O princípio da consunção serve para a solução de outras situações. Por exemplo, em uma instituição de câmbio, se diversas operações fraudulentas são realizadas com o fim de evadir divisas, deve-se aplicar somente o art. 22, excluindo-se o concurso com o art. 4º, pelo princípio da consunção. Em sentido contrário, *considere-se a seguinte possibilidade. Em um banco múltiplo, diversas fraudes são realizadas, em setores distintos da instituição. O correto seria abranger todos os ilícitos em um único crime, a gestão fraudulenta de instituição financeira, deixando-se de aplicar cada tipo penal isoladamente. Essa solução dá uniformidade à natureza que o trabalho pretende conferir ao crime do art. 4º: uma tipificação autônoma da continuidade das fraudes realizadas em uma instituição financeira. Seria absurda uma proposta em sentido contrário ao critério oferecido, tomando-se, por exemplo, a seguinte situação. Se um administrador de instituição financeira praticar dez crimes diversos da Lei 7.492, com uma pena mínima de 2 anos, somando-se ainda a gestão fraudulenta, combinados com o concurso material por todos esses fatos, poderá responder a uma acusação com pena mínima de 23 anos, o que, obviamente, não é cientificamente razoável. A regra do concurso formal nunca pode ser aplicada, uma vez que pressupõe a prática de somente 'uma ação ou omissão'.* (Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 124-129)

Adoto o entendimento acima exposto, *para considerar o delito previsto no art. 5º da Lei 7.492/86 absorvido pelo art. 4º, caput, do mesmo diploma legal.*

Não se desconhece a existência de diversos julgados do TRF-4R no sentido do reconhecimento do concurso formal. Tal questão, porém, entendo que deva ser analisada em face de cada caso concreto, não sendo viável, aprioristicamente, definir que sempre se estará diante de concurso formal ou material pelo só fato de se tratar de concurso entre os delitos dos arts. 4º e 5º da Lei 7.492/86.

Em regra, a apropriação ou desvio de valores (art. 5º) não é consumida, porque esse crime não exige necessariamente fraude, e porque a gestão fraudulenta não exige necessariamente apropriação de valores. Assim, normalmente não há absorção pelo crime de gestão fraudulenta da apropriação indébita, sendo caso de concurso de crimes (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 632). No presente caso, contudo, a própria denúncia descreve o desvio de recursos como parte dos fatos configuradores do delito de gestão fraudulenta.

E, de fato, todos os atos de desvio de valores ocorreram mediante e como resultado de ações fraudulentas praticadas por B.S.P. na gerência do PAB TRT4, estando, assim, consumidos pelo delito de gestão fraudulenta, por se tratar do crime mais grave, sendo certo que o reconhecimento do conflito de normas não tem como desiderato gerar impunidade.

Assim, o desvio de recursos não absorve o delito do art. 4º, pois é o resultado dos atos fraudulentos praticados por B.S.P. durante o período indicado na denúncia, as irregularidades e o desvio sendo praticados em razão da posição do réu como gerente da instituição financeira, configurando, portanto, o delito de gestão fraudulenta.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

‘PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTE. ATIPICIDADE. AFASTAMENTO. SUJEITO ATIVO. ART. 25 DA LEI Nº 7.492/86. GERENTE SUBSTITUTO. PODER DECISÓRIO. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO. APROPRIAÇÃO/DESVIO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS DO DELITO CARACTERIZADOS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CARCERÁRIA. RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO VALOR MÍNIMO. REPARAÇÃO DO DANO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

(omissis)

4. *As irregularidades realizadas pelo réu (abertura de contas fantasmas, operações de crédito CDC, movimentações indevidas) e também o desvio de valores foram, à evidência, atos praticados em razão de seu cargo (gerente) e que configuram, portanto, o crime inculcado no art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/86 (gestão fraudulenta), não havendo falar, portanto, em apropriação/desvio (art. 5º).* 5. Restou devidamente comprovado que o acusado praticou atos de direção, administração ou gerência, mediante o emprego de ardis e artifícios, apropriando-se de valores que não lhe pertenciam, causando prejuízo ao patrimônio da instituição financeira. 6. O delito de gestão financeira exige a habitualidade para sua configuração, não se mostrando razoável a exacerbação da reprimenda pelas circunstâncias do delito. 7. Considerando que a sanção carcerária imposta ao réu resultou em *quantum* inferior a 04 (quatro) anos, mostra-se cabível a substituição (art. 44 do CP) por prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e pecuniária.

(omissis)’ (TRF4, ACR 0004222-54.2004.4.04.7200, Sétima Turma, relatora Salise Monteiro Sanchotene, D.E. 15.04.2013)

‘PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ARTS. 4º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, 5º, 6º, 10 E 11 DA LEI 7.492/86. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DA DEFESA. INEXISTÊNCIA. TIPIFICAÇÃO. *EMENDATIO LIBELLI*. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. ANISTIA PREVISTA NO ARTIGO 11, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.639/2000. INAPLICAÇÃO.

(omissis)

5. *Deve-se aplicar ao caso o princípio da consunção, sendo que o crime de apropriação do art. 5º é que fica absorvido pela gestão fraudulenta. E, se essa forma de conduta ilícita se materializar por circunstâncias que integram outro tipo, como no caso (artigos 5º, 6º e 10), estes devem ser absorvidos pelo caput do artigo 4º da Lei 7.492/86, cuja pena deve ser aplicada, por ser o crime mais grave.* 6. A conduta objeto do artigo 4º, caput, da Lei nº

7.492/86 fica evidenciada quando alguma das pessoas arroladas no artigo 25 da mesma lei gere instituição financeira ou por ela equiparada fraudulentamente. 7. Para que se aperfeiçoe o delito do art. 4º da Lei nº 7.492/86, há necessidade de um número substancial de atos fraudulentos que possibilite a valoração da gestão como fraudulenta.

(*omissis*).’ (TRF4, ACR 2002.04.01.052304-0, Sétima Turma, relator Tadaaqui Hirose, DJ 12.05.2004)

No mesmo sentido, colaciono aresto do Superior Tribunal de Justiça:

‘PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 4º, *CAPUT*; 5º, *CAPUT*; 7º, INCISO IV; E 9º DA LEI 7.492/86. 1. CRIMES CONTRA INSTITUIÇÃO PERTENCENTE AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: ENTIDADE DE FUNDO DE PENSÃO (FUNDO DE PENSÃO MULTIPATROCINADO – AEROS). IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DA JUSTIÇA FEDERAL. 2. NATUREZA ESPECIAL DO DELITO. SUJEITO ATIVO QUALIFICADO SEGUNDO O DISPOSTO NO ART. 25 DA LEI 7.492/86 – *INTRANEUS*. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PARTICIPAÇÃO DE UM NÃO QUALIFICADO – *EXTRANEUS* – NO DELITO ESPECIAL EXECUTADO PELO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 30 DO CÓDIGO PENAL. 3. EXISTÊNCIA DE NARRATIVA SOBRE CONDUTA QUE, EM TESE, AUTORIZA A RESPONSABILIZAÇÃO DO RECORRENTE A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO: O ‘COMO’, O ‘DE QUE FORMA’, O ‘DE QUE MANEIRA’ CONCORREU PARA CADA UMA DAS INFRAÇÕES, INCLUSIVE NA MODALIDADE OMISSIVA. RESPONSABILIDADE DO PARTÍCIPE POR OMISSÃO. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 13 E 29 DO CÓDIGO PENAL. APRECIACÃO QUANTO À JUSTIÇA OU À INJUSTIÇA DA DECISÃO QUE REFOGE TOTALMENTE AO ÂMBITO E AOS LIMITES DO ESPECIAL. 4. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO EM SI MESMA. DIFERENCIAÇÃO DE PENA COMO REFLEXO DA ‘MEDIDA DA CULPABILIDADE’. SEM O REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO, IMPOSSÍVEL NESTA VIA, NÃO HÁ COMO AFERIR-SE O GRAU DE IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE EM RELAÇÃO A CADA UM DOS DELITOS. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 13 E 29 DO CÓDIGO PENAL. 5. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 155 E 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDEFERIMENTO DE PEDIDO PARA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL MOTIVADO NA DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7, STJ. 6. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO DO *POST FACTUM* PELO CRIME ANTERIOR MAIS GRAVE. INTERPRETAÇÃO VALORATIVA. LEI 7.492/86: DELITOS CONSUMPTOS: ART. 5º, *CAPUT* (DESVIO/APROPRIAÇÃO); E ART. 9º (FRAUDE À FISCALIZAÇÃO OU AO INVESTIDOR); DELITO CONSUMPTIVO: ART. 4º, *CAPUT* (GESTÃO FRAUDULENTE). 7. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(*omissis*)

6. *Consunção do post factum pelo crime anterior mais grave e como resultado dele – sem ser o único resultado – é ideia, parece-me, mais adequada à interpretação valorativa. Procedência das razões do primeiro e do segundo recorrentes. Lei 7.492/86: delitos consumptos: art. 5º, caput (desvio/apropriação); e art. 9º (fraude à fiscalização ou ao investidor); delito consumptivo: art. 4º, caput (gestão fraudulenta). A norma do artigo 4º,*

caput, da Lei 7.492/86 não incrimina resultado material, naturalístico, que porventura venha a ocorrer e que, por lógico, diz respeito à obtenção de alguma vantagem indevida – patrimonial, ainda que indireta. Se, porém, a vantagem patrimonial indevida é consequência da própria gestão, o resultado material não demandaria outra classificação de conduta, sendo suficiente para a punição a norma definidora da gestão fraudulenta. O crime definido no artigo 4º, in casu, absorveu os delitos de apropriação/desvio e de fraude a investidor. A mesma relação consuntiva há de ser negada entre a norma do artigo 4º e a do artigo 7º, inciso IV.

(omissis) (REsp 575.684/SP, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, rel. p/ acórdão Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 04.10.2005, DJ 23.04.2007, p. 317)

A ocorrência do desvio de valores, por outro lado, torna a conduta do réu mais reprovável, o que será considerado na dosimetria da pena.”

Como não é essa a realidade que se percebe nos autos, a solução aposta no decreto condenatório não deve ser manejada, impondo-se sua substituição pela do concurso formal próprio, porque é a que melhor se adapta ao contexto fático da lide, ensejando adequada e suficiente resposta para a responsabilização criminal do réu B.S.P.

Pois bem, relevada a argumentação delineada na sentença sobre a consunção do crime de apropriação pelo de gestão fraudulenta, a necessidade de exame casuístico permite conclusão no sentido de se estar diante de hipótese de concurso formal próprio. E isso porque do agir do réu B.S.P. sobreveio lesão a duas objetividades jurídicas distintas: (a) à higidez do Sistema Financeiro Nacional, porque fraudulentamente gerida a agência bancária que titulava; e (b) ao patrimônio da instituição financeira e de seus investidores, porque sobreveio apropriação de valores a estes pertencentes.

Do voto proferido nos autos da apelação criminal ACR 5024228-92.2016.4.04.7000, Oitava Turma, relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 08.04.2019, cuja ementa está acima transcrita, transcrevo abaixo breve excerto sobre esse aspecto da controvérsia:

“3.5. Da unificação da pena: aplicação da regra do concurso formal

Também no âmbito da dosimetria da pena, requer a acusação que a sentença seja reformada a fim de que seja aplicada a regra do concurso material aos delitos em tela.

Aduz o órgão acusador que, no contexto fático desta ação penal, a gestão fraudulenta poderia ter sido praticada sem a realização de apropriações, assim como estas poderiam ser praticadas sem a necessária configuração da gestão fraudulenta, ocorrendo mais de uma conduta com resultados distintos.

Se, por um lado, a apropriação indébita financeira não se constitui em meio necessário para a gestão fraudulenta, tampouco o inverso, no caso, impõe-se observar que diversas

operações de crédito foram consideradas para a configuração do crime de *gestão fraudulenta* e também para a caracterização da prática de *apropriação* indébita, conforme bem consignado pela magistrada sentenciante.

Desse modo, ainda que haja certa autonomia entre as condutas – e que, no plano hipotético, seja possível afirmar que a *apropriação* não é meio necessário ao crime de gestão –, no caso, as condutas de apropriação/desvio de valores deram-se no contexto da habitualidade dos atos de *gestão fraudulenta* perpetrados pelo réu.

Assim, inclusive para evitar desproporcionalidade e à luz da culpabilidade, deve ser reconhecido o *concurso formal* entre os crimes.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

‘PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. *GESTÃO FRAUDULENTA* E DESVIO. ARTS. 4º E 5º DA LEI 7.492/86. PRESCRIÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. VALIDADE DA PROVA DOCUMENTAL. AUDITORIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DA PERÍCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. *CONCURSO FORMAL*. 1. Inocorrente a prescrição retroativa, tendo em vista o recurso da acusação para aumento das sanções aplicadas, e eventual declaração de prescrição retroativa, nesta fase, deve considerar as penas máximas abstratamente previstas aos delitos dos artigos 4º, *caput*, e 5º, *caput*, da Lei 7.492/86, que são, respectivamente, 12 anos e 6 anos. 2. A denúncia não é inepta, pois preenche os requisitos do art. 41 do CPP, com a descrição do fato com todas as suas circunstâncias, a qualificação dos acusados e a classificação dos crimes, assegurando a ampla defesa. 3. A auditoria interna realizada pela instituição financeira é prova válida, contando com regramento legal e prescindindo da observância do contraditório, pois não se trata de procedimento disciplinar. 4. Não há cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia contábil que não se mostra relevante para instrução do processo e solução da demanda. 5. O indeferimento de expedição de rogatória para oitiva de testemunha nos Estados Unidos da América, pela inviabilidade prática da diligência, não revela cerceamento de defesa. 6. Materialidade e autoria comprovadas pela prova documental e testemunhal, demonstrando a prática dos delitos de *gestão fraudulenta* e *apropriação* indébita financeira pelos réus. 7. Os réus obraram com dolo intenso na perpetração dos crimes de *gestão fraudulenta* e *apropriação* indébita financeira, percorrendo longo e elaborado *iter* criminoso, o que está a determinar a exasperação da pena-base em ambos os crimes, porquanto sua conduta enseja culpabilidade acima do mínimo legal. Vale ressaltar, acerca da elevada reprovação das condutas delitivas praticadas pelos réus, que a norma incriminadora visa a proteger bem jurídico coletivo de elevada relevância, qual seja a credibilidade pública do Sistema Financeiro Nacional, cuja pedra fundamental reside na absoluta lisura e retidão do agir das inúmeras instituições financeiras que o compõem, sejam públicas, sejam privadas. 8. Deve ser reconhecida a continuidade delitiva dos crimes de *apropriação* indébita financeira (art. 5º da Lei 7.492/86) ocorridos e comprovados nos autos, e igualmente reconhecer-se o *concurso formal* com o crime de *gestão fraudulenta* (art. 4º da Lei 7.492/86).’ (TRF4, ACR 0014825-15.2001.4.04.7000, Oitava Turma, relator para acórdão João Pedro Gebran Neto, D.E. 13.05.2014)

Desse modo, mantenho a aplicação da regra do concurso formal ao presente caso, mantendo, por conseguinte, a pena definitiva fixada em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 148 dias-multa, cada dia-multa no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo mensal vigente na data do último fato delituoso (2009), devidamente corrigido.”

Sendo essa a realidade fática aqui percebida, similar consequência jurídica há de ser adotada, não só no intuito de acautelar eventual desproporcionalidade no apenamento infligido ao réu, mas essencialmente como meio a efetivar a necessária segurança jurídica no tocante à interpretação e à aplicação da lei penal em casos de mesmo jaez.

Nesse quadro, principio a dosimetria pelo crime de apropriação.

O apenamento mínimo é de dois anos. Na primeira fase, tenho serem neutras as vetoriais, excetuadas as das circunstâncias judiciais e das consequências, que militam em desfavor do agente. *Logo, estabeleço a pena-base em dois anos e dez meses – sendo cinco meses de incremento para cada vetorial.* Avançando, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão, redimensiono a pena, dosando-a provisoriamente em dois anos e seis meses. Ausentes causas especiais de modificação, faz-se presente a *continuidade delitiva*, que, em razão do significativo número de apropriações reiteradas, deve implicar *acréscimo de 2/3* – dois terços – na sanção, o que perfaz o total de *quatro anos e dois meses de reclusão.* A pena de multa fica arbitrada em *52 – cinquenta e dois – dias-multa, no valor unitário de ¼ do salário mínimo vigente ao tempo do último ato criminoso*, quantitativo de dias e cifra que reputo suficientes e adequados para guardar sintonia com a reprimenda física. Veja-se autorizar a Lei nº 7.492/86 a elevação do valor máximo do artigo 49 do Código Penal até o seu décuplo, o que não é oportuno neste momento, à míngua de recurso *específico* da acusação no ponto.

Avançando, quanto à gestão fraudulenta, a reprimenda infligida a B.S.P. está assim fundamentada na sentença:

“Reconhecida a consunção, resta o réu condenado apenas pela prática do delito do art. 4º, *caput*, da Lei 7.496/86, considerado, aqui, como habitual. Assim, a série de atos fraudulentos praticados configura um único crime, não se podendo falar em continuidade delitiva.

a) Pena privativa de liberdade

A culpabilidade é normal. O agir do réu não se afigurou mais reprovável do que apurado em crimes da mesma espécie. Não há registro de antecedentes. A conduta social foi abonada por testemunhas, mas nada de relevante foi destacado. Resta prejudicada a investigação a respeito da personalidade, em face da ausência de elementos pelos quais possa ser aferida. Nada a consignar a respeito dos motivos. As circunstâncias são negativas, tendo em vista que o crime foi praticado por tempo considerável (junho de 2008 a maio de 2011) e que a gestão fraudulenta teve como resultado o desvio de valores da instituição financeira e de seus correntistas em proveito do réu e de terceiros. Foram apuradas consequências, uma vez que a Caixa Econômica Federal sofreu prejuízo expressivo. Não há relevância no com-

portamento da vítima. Assim, considerando duas circunstâncias negativas, fixo a pena-base em 4 (*quatro*) anos e 3 (*três*) meses de reclusão.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão espontânea, uma vez que o réu admitiu a prática de parte dos fatos imputados, o que foi considerado para convicção do juízo condenatório. Reduzo, assim, a pena em 3 (*três*) meses, resultando provisória em 4 (*quatro*) anos de reclusão, ausentes agravantes a considerar.

Diante da ausência de causas de aumento e de diminuição, fixo a pena definitiva em 4 (*quatro*) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, do CP.

b) Pena de multa

Transpondo para a pena de multa os critérios de individualização da pena já analisados, tenho por fixar a quantidade de dias-multa entre os limites mínimo e máximo, na exata proporção da pena privativa de liberdade. Ou seja, na mesma proporção de variação entre os limites mínimo e máximo. Para efeito de cálculo, considero somente a parte da pena mensurável em meses.

A multa é proporcionalmente fixada em 48 (*quarenta e oito*) dias-multa, arbitrando-se o valor do dia-multa em 1/4 do salário mínimo vigente quando da cessão da atividade delitiva (maio de 2011), atualizado até o efetivo pagamento, atendendo à condição econômica do réu evidenciada nos autos.

c) Substituição da pena

É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP).

Dentre as penas substitutivas, a prestação de serviço à comunidade é a mais recomendável, visto que exige o trabalho pessoal do condenado e permite o engajamento em atividades sociais. A prestação pecuniária vem em seguida, a despeito de seu caráter pecuniário, por sua destinação e por permitir o engajamento do condenado em obras sociais. As demais penas substitutivas são em geral menos proveitosas e exigem circunstâncias específicas, pelo que aplicáveis apenas em casos excepcionais. A perda de bens e valores, como pena substitutiva, só se justifica quando não seja o perdimento já efeito da condenação e os bens e valores sejam ligados ao crime. A interdição temporária de direitos é aplicável apenas em casos em que o crime é cometido com abuso de direito. A limitação de fim de semana, muito embora exija comprometimento pessoal do condenado, é custosa e de menor proveito pessoal ou social. Já a pena de multa tem excessivo caráter pecuniário e, se já cominada para o tipo penal, representa dupla aplicação de pena da mesma natureza.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade por *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*, na forma dos arts. 43, 44, inc. I, § 2º, e 59, inc. IV, do CP, e por *prestação pecuniária*, que fixo em 15 (*quinze*) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento (art. 45, § 1º, do CP), a serem recolhidos em favor de instituições de cunho social, determinadas em execução.

O cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, a ser definido oportunamente, observará o disposto nos arts. 149 e 150 da Lei 7.210/84 e terá a mesma duração da pena privativa de liberdade que ora se substitui (art. 55 do CP).”

Não obstante a argumentação ministerial no tocante à pena-base, mormente ao quantitativo de elevação em face das vetoriais negativas e à pretensão de ver tida por desfavorável a culpabilidade, reputo não merecer guarida. A uma porque, conforme notório seja, vale repisar que a dosimetria não é matemática pura e tem a discricionariedade motivada como fator ínsito da atuação jurisdicional, o que denota impertinência da retificação do quantitativo de elevação utilizado, qual seja, de sete meses e quinze dias. A duas, porque a culpabilidade não há de ser negatizada por ser o réu bancário experiente, situação pessoal que, efetivamente, permitiu a responsabilização criminal pelo crime de gestão fraudulenta.

Nas demais fases, são híidas as conclusões do julgador, ora autenticadas. Sobre a atenuante, apenas refiro que, não sendo matemático o critério, a sua incidência é devida, porque foi utilizada como prova de prática criminosa. Sua efetiva utilidade no desvendar daquela, entretanto, permite ao juiz a aplicação de fração adequada a reconhecer a utilidade da declaração do réu e, ao mesmo tempo, assegurar a adequada reprovação da conduta.

Ficariam mantidos (a) o quantitativo de pena encontrado pelo julgador singular, qual seja, de 4 anos de reclusão, sendo aberto o regime inicial para o seu cumprimento; e (b) a pena de multa de 48 dias-multa, no valor unitário de $\frac{1}{4}$ do valor do salário mínimo vigente ao tempo da cessação da atividade criminosa; não fosse o concurso formal próprio ora reconhecido, o que reclama exasperação da pena, nos termos do artigo 70 do Código Penal.

Portanto, sopesados o interstício da gestão fraudulenta e o quantitativo de apropriações, elevo a pena em $\frac{1}{4}$ – um quarto –, totalizando-a em cinco anos de reclusão. As penas de multa serão adicionadas quanto aos seus quantitativos de dias-multa, consoante preconiza o artigo 72 do Código Penal.

Em face da retificação da pena corporal, o regime inicial de cumprimento da pena será o semiaberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, alínea b).

Ficam inviabilizadas, em face da nova pena física, a substituição desta por restritivas de direitos ou, ainda, a suspensão condicional da pena.

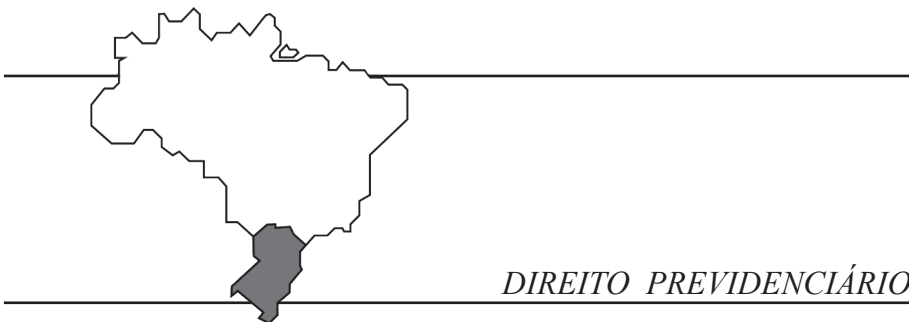
Quanto aos demais pontos suscitados no recurso ministerial, acompanho a relatora, assim como o faço no tocante às demais apelações dos corréus, pelos motivos em seu voto desenvolvidos e aos quais adiro.

A divergência, portanto, é limitada ao recurso ministerial, que proveja em parte, para reconhecer o concurso formal de crimes, estabelecendo a reprimenda física em cinco anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto; pena de multa, na forma do artigo 72 do Código Penal, dosada conforme acima referido.

Quanto aos crimes de apropriação indébita, a relatora, conquanto reconheça sua autonomia, conclui pela atipicidade da conduta, daí decorrendo o manejo das reprimendas infligidas em desfavor de B.S.P., a física, a de multa e as substitutivas; eu, embora reconheça esses crimes, entendo terem sido praticados em concurso formal com o crime de gestão fraudulenta, daí decorrendo a retificação da pena física de B.S.P. para cinco anos de reclusão, no regime inicial semiaberto; pena de multa na forma do artigo 72 do Código Penal; inviabilizadas a substituição por restritivas de direitos ou a suspensão condicional da pena; quanto aos demais pontos do recurso ministerial e às demais apelações, acompanho a relatora.

Execução provisória das penas consoante definido no verbete da Súmula nº 122 do TRF4R, nos termos da motivação existente no voto da relatora.

Frente ao exposto, voto por dar parcial provimento à apelação da acusação; negar provimento às apelações da defesa; e, de ofício, determinar o início da execução provisória das penas, quando esgotada a jurisdição ordinária nesta instância.



DIREITO PREVIDENCIÁRIO

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5020503-41.2019.4.04.0000/RS

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Taís Schilling Ferraz
Relator para o acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira

Agravante: Nina Vera Damm Crapanzani
Advogada: Dra. Isabel Cristina Trapp Ferreira
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

EMENTA

Previdenciário. Agravo de instrumento. Direito adquirido ao melhor benefício. Evolução da RMI pretendida para a data da RMI originária. Emprego dos reajustes legais próprios estabelecidos para a evolução dos benefícios previdenciários. Ausência de hibridismo. Obrigação legal que se impõe sem escolha aleatória pelos índices de correção monetária.

1. É a partir da RMI, e não do salário de benefício, que se promove a evolução para a data da renda originária para efeito de apuração do direito adquirido ao melhor benefício.

2. A evolução da renda dos benefícios previdenciários deve se dar pela forma própria de evolução dos benefícios, não caracterizando hibridismo tal modo de evolução.

3. Não há por que optar por qualquer outra forma alheia à sistemática própria de evolução, sob pena de se subverter o sentido para o qual se definiu que, se o benefício tivesse sido deferido em data anterior, hoje estaria correspondendo a um melhor benefício.

4. Não se pode optar por evoluir uma aplicação da caderneta de poupança ou qualquer outra forma de aplicação financeira ou direito legalmente assegurado, com suas particularidades, mediante a escolha aleatória de emprego da correção monetária para aferir se seria aquele valor melhor ou pior em um momento futuro.

5. A tese definida no tema 334 (“Para o cálculo da renda mensal inicial, cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas”) não avançou na definição de qualquer parâmetro distinto daquele próprio de evolução do benefício.

6. Da forma como foi redigida a tese, não há indicativo de que se possa concluir por qualquer restrição de direito; logo, ela não pode ser invocada ampliativamente para afirmar: “pouco importando o acréscimo remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria”.

7. A simples afirmação de que não se pode deixar de olhar para o passado para parametrizar a evolução da RMI não deixa claro por que, com base nessa mesma premissa, não se poderia afirmar que a forma de evolução de benefício de momento passado para momento atual é aquela dada pela legislação própria de evolução dos benefícios. Não há base legal para afastar a evolução na forma prevista em lei.

8. Não se trata de modificações legislativas, no sentido de argumentar-se incidência de hibridização, nesse caso sim de aplicação inadequada, mas, aqui, disso não se trata.

9. Admitir-se a substituição da forma própria de evolução das rendas dos benefícios previdenciários implicaria a admissão da possibilidade de se perpetrarem comparações que não representam o real esforço contributivo do segurado, como, por exemplo, a partir de uma RMI, cuja expressão econômica foi objeto de supressões legais, que, embora legítimas, não representam a vida contributiva do segurado e por isso, jus-

tamente, foram corrigidas essas defasagens também por opções legislativas, a partir da sistemática dos reajustes futuros, como, concretamente, se pode perceber com a edição da Súmula 260 do TFR, que determinou o primeiro reajuste integral do benefício, porque os últimos 12 salários de contribuição dos benefícios anteriores à CF/88 não foram corrigidos, ou a recuperação em reajustes futuros, sempre que elevados os tetos, quando glosado originalmente o salário de benefício. Optar-se por uma forma aleatória de evolução inviabilizaria o sentido para o qual se definiu o direito adquirido a um melhor benefício, pois tal conceito está imbricado com o real esforço contributivo promovido durante a vida laboral.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencida a relatora, dar provimento aos embargos de declaração para, atribuindo-lhes efeitos infringentes, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de maio de 2020.

Des. Federal *João Batista Pinto Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Taís Schilling Ferraz: Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão unânime desta Turma que negou provimento ao agravo de instrumento, assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. MELHOR BENEFÍCIO. PARÂMETRO DE COMPARAÇÃO. REFLEXOS SOBRE OS TETOS.

Para identificar o melhor benefício e dar cumprimento à decisão judicial que o assegurou, o parâmetro de comparação deve ser a renda mensal inicial na data da DIB ficta e na data da DIB real, e não o salário de benefício na data da DIB ficta e na data da DIB real.

Ao pretender retroagir a DIB da aposentadoria para um período em que já tinha direito adquirido ao benefício, o autor não apenas adotará um outro período básico de cálculo, na definição dos salários de contribuição, como também reduzirá seu tempo final de serviço, o que pode ter reflexos na proporcionalidade do benefício.

O salário de benefício, como patrimônio jurídico do segurado, é o elemento a ser considerado para fins de aplicação dos novos tetos de pagamento, das ECs 20/1998 e 41/2003, reflexos da condenação, mas a identificação de sua grandeza pressuporá a prévia identificação de qual o melhor benefício, comparando-se as RMIs ficta e real.”

Considerando o entendimento do STF no RE 564.354, que reconhece o salário de benefício como grandeza que se incorpora ao patrimônio jurídico do segurado, defende a agravante que, para fins de reconhecimento do benefício mais vantajoso, deve ser feita a comparação entre os salários de benefício, e não entre as rendas mensais iniciais.

Argumenta que, em feitos semelhantes, a Turma vem garantindo o melhor benefício segundo o salário de benefício evoluído, devendo, pois, ser aclarada a mudança de posição ou uniformizado o tratamento, atribuindo-se efeitos infringentes aos embargos.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Tais Schilling Ferraz: São pressupostos autorizadores dos embargos de declaração a presença de *omissão, contradição ou obscuridade* na decisão embargada. Também a jurisprudência os admite para a correção de *erro material* e para fins de prequestionamento.

No caso, o voto condutor do acórdão embargado assim dispõe:

“O salário de benefício é, de fato, patrimônio jurídico do segurado e, para fins de aplicação dos novos tetos, previstos nas ECs 20/1998 e 41/2003, é a grandeza a ser considerada, especialmente no que toca aos benefícios concedidos após a Constituição de 1988, inclusive no período do chamado buraco negro, do que aqui se cogita.

No entanto, a identificação do melhor benefício – objeto da condenação do INSS nestes autos – deve ter como parâmetro a renda mensal inicial na data da DIB ficta e na data da DIB real, e não o salário de benefício na data da DIB ficta e na data da DIB real. Isso porque, ao pretender retroagir a DIB da aposentadoria para um período em que já tinha direito adquirido ao benefício, o autor não apenas adotará um outro período básico de cálculo, na definição dos salários de contribuição, como também reduzirá seu tempo final de serviço, o que pode ter reflexos nos casos de aposentadoria proporcional.

Assim, correta a decisão ao assegurar que o melhor benefício seja estabelecido a partir da comparação entre a RMI ficta e a RMI real.

Quanto aos reflexos desta decisão sobre os novos tetos, posteriormente introduzidos pelas emendas constitucionais acima referidas, o parâmetro deve ser, de fato, o salário de benefício, mas tal salário de benefício será aquele que compuser a RMI do melhor benefício, nos termos determinados pelo juízo de origem. Não é possível pretender-se escolher o melhor salário de benefício. O que a condenação assegurou foi o direito ao melhor benefício, leia-se, melhor RMI, a partir do momento em que o autor atingiu o direito à aposentadoria.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.”

Embora em julgados anteriores, interpretando de forma conjunta as decisões do STF nos temas 76 e 334, tenha decidido no sentido de que a comparação deveria ser feita entre os salários de benefício na DIB ficta e na DIB original, e não sobre os valores de RMI, analisando mais profundamente aquelas decisões, à vista dos novos elementos trazidos pelas partes ao debate, concluo que não é possível proceder-se daquela forma, sob pena de se desprezar fatores fundamentais que concorrem para o valor da RMI e que não são retratados pelo salário de benefício, como é o caso, por exemplo, do coeficiente de cálculo que expressa o tempo de serviço. Assim, ainda que, para fins de aplicação do tema 76 (novos tetos), seja necessário considerar o salário de benefício, a identificação do melhor benefício (tema 334) deverá observar o valor da renda mensal inicial, inclusive com os efeitos dos tetos então vigentes.

Como registrado no julgamento do RE 630.501 – tema 334, assegurar o melhor benefício não pressupõe criar regime jurídico híbrido, utilizando-se legislação superveniente para fins de comparação:

“(…)

Recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a DIB (data de início do benefício) à data em que teria sido possível exercer o direito à aposentadoria e a cada um dos meses posteriores em que renovada a possibilidade de exercício do direito, de modo a verificar se a renda seria maior que a efetivamente obtida por ocasião do desligamento do emprego ou do requerimento. Os pagamentos, estes sim, não retroagem à nova DIB, pois dependentes do exercício do direito.

O marco para fins de comparação é, pois, a data do desligamento ou do requerimento original, sendo considerado melhor benefício aquele que corresponda, à época, ao maior valor em moeda corrente nacional.

Observados tais critérios, se a retroação da DIB não for mais favorável ao segurado, não há que se admitir a revisão do benefício, ainda que se invoque conveniência decorrente de critérios supervenientes de recomposição ou reajuste diferenciado dos benefícios.

Não poderá o contribuinte, pois, pretender a revisão do seu benefício para renda mensal inicial inferior, sob o fundamento de que, atualmente, tal lhe seria vantajoso, considerado o art. 58 do ADCT, que determinou a recomposição dos benefícios anteriores à promulgação da Constituição de 1988 considerando tão somente a equivalência ao salário mínimo.

O fato de o art. 58 do ADCT ter ensejado que benefício inicial maior tenha passado a corresponder, em alguns casos, a um benefício atual menor é inusitado, mas não permite a revisão retroativa sob fundamento do direito adquirido.

A invocação do direito adquirido, ainda que implique efeitos futuros, exige que se olhe para o passado. Modificações legislativas posteriores não justificam a revisão pretendida, não servindo de referência para que o segurado pleiteie retroação da DIB (data de início do benefício).

(…)”

Recentemente, o STF reafirmou esse entendimento, em decisão do Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE 1.229.740/RS.

Não é possível, assim, considerar legislação superveniente para fins de comparação. As alterações de teto, que prestigiam o salário de benefício, assim se qualificam, como também foi qualificada a aplicação do art. 58 do ADCT, no voto condutor do precedente vinculante.

Assim, os embargos de declaração vão parcialmente acolhidos para agregar fundamentos ao acórdão embargado, sem, todavia, lhe alterar o resultado.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento aos embargos de declaração.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira: Trata-se de embargos de declaração interpostos contra acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. Discute-se a evolução do cálculo do direito ao melhor benefício.

Pois bem.

Tenho que a melhor compreensão acerca da evolução do melhor benefício se faz, efetivamente, mediante a comparação da RMI originária com a RMI na data pretendida.

Isso não significa que, para tanto, se deve excluir qualquer outro paradigma já definido pela jurisprudência acerca de recuperações suprimidas quando da apuração da RMI, diante das particularidades próprias de cada época, com sua legislação de regência também própria para sua evolução.

Antes de prosseguir, tenho que se impõe a averiguação de como foi fixada a tese relativa ao tema 334 do STF, direito a cálculo de benefício de aposentadoria de acordo com legislação vigente à época do preenchimento dos requisitos exigidos para sua concessão:

“Tese relativa ao tema 334 – ‘Para o cálculo da renda mensal inicial, cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, *pouco importando o decurso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria*, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas’, observando a ‘Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09.12.2015’.”

Faço uma pequena digressão: no que se refere à redação da tese supracitada, salvo melhor juízo, deve ser entendida não restritivamente, mas sim como opção ao segurado.

Não entendo que sua redação possa levar à conclusão de que tenha sido formulada como forma de excluir a opção, restringindo o direito. Logo, ela não pode ser invocada ampliativamente para afirmar: “*pouco importando o acréscimo remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria*”.

Se não foi isso que buscaram definir, ao fim, foi o que acabou sendo fixado. Tampouco vejo que a forma como se apuraria o decesso tenha sido definida, e qualquer questão lateral discutida no voto que acabou por não integrar a tese é questionável quanto à sua vinculação, daí não se poder afirmar impositivamente que a única forma de atualização se dá pela correção monetária, em razão do que foi estabelecido na tese.

No instante do julgamento do RE nº 630.501, a Min. Ellen Gracie fixou parâmetro para que fosse admitida como melhor renda aquela calculada com base na DIB ficta. Segundo a relatora, seria necessário que a renda obtida a partir da DIB ficta atualizada fosse superior à renda calculada na DER. Cuidava-se de benefício anterior à CF/88 e, portanto, com incidência da Súm. 260.

Transcrevo trecho do julgamento do RExt nº 564.354/SE no ponto em que interessa para a compreensão do que pondero:

“A alteração da DIB para 01.10.1979 (data do preenchimento dos requisitos) implica consideração de outro período base de cálculo e dos respectivos salários de contribuição, anteriores a tal data, *os quais, atualizados, apontam salário de benefício superior e conseqüente renda mensal inicial melhor que a obtida originariamente, configurando, pois, melhor benefício*. Há reflexo, ainda, na equivalência salarial, justificando o interesse do autor na revisão.

Considerando a nova DIB e a *evolução da renda com 1º reajuste integral*, o valor do benefício, em 11/1980, seria de R\$ 53.916,00, maior, portanto, que a RMI de concessão. Os efeitos reflexos para fins de aplicação do art. 58 do ADCT, por sua vez, também são positivos.”

Sendo assim, não admitido o primeiro reajuste integral, existiriam casos em que, evoluída a renda até a DER original, a renda seria menor, e então o segurado não faria jus à revisão em razão do direito adquirido ao benefício mais vantajoso, mesmo que revisões tidas por legítimas, definidas em súmula ou outras decisões de caráter vinculante posteriores, garantissem uma renda melhor.

Aliás, a construção feita pela Sexta Turma, entendendo pela aplicação da Súmula 260 do TFR nos casos de direito adquirido ao melhor benefício, a despeito de não haver parcelas a receber a esse título, por prescritas, e independentemente da recuperação ensejada pela mera revisão prevista no art. 58 do ADCT, que, de qualquer forma, adiante-se, decorre de aplicação de lei, vinha se alicerçando também na construção do precedente citado.

Isso porque admitir-se a substituição da forma própria de evolução das rendas dos benefícios previdenciários implicaria a admissão da possibilidade de se perpetrarem comparações que não representam o real esforço contributivo do segurado, como, por exemplo, a partir de uma RMI, cuja expressão econômica foi objeto de supressões legais, que, embora legítimas, não representam a vida contributiva do segurado e, por isso, justamente, foram corrigidas essas defasagens também por opções legislativas, a partir da sistemática dos reajustes futuros, como, concretamente, se pode perceber com a edição da Súmula 260 do TFR, que determinou o primeiro reajuste integral do benefício, porque os últimos 12 salários de contribuição dos benefícios anteriores à CF/88 não foram corrigidos, ou a recuperação em reajustes futuros, sempre que elevados os tetos, quando glosado originalmente o salário de benefício. Optar-se por uma forma aleatória de evolução inviabilizaria o sentido para o qual se definiu o direito adquirido a um melhor benefício, pois tal conceito está imbricado com o real esforço contributivo promovido durante a vida laboral.

Dito isso, até o parágrafo que passo a transcrever do voto da relatora não discordo dos argumentos que vêm ali definidos:

“Embora em julgados anteriores, interpretando de forma conjunta as decisões do STF nos temas 76 e 334, tenha decidido no sentido de que a comparação deveria ser feita entre os salários de benefício na DIB ficta e na DIB original, e não sobre os valores de RMI, analisando mais profundamente aquelas decisões, à vista dos novos elementos trazidos pelas partes ao debate, concluo que não é possível proceder-se daquela forma, sob pena de se desprezar fatores fundamentais que concorrem para o valor da RMI e que não são retratados pelo salário de benefício, como é o caso, por exemplo, do coeficiente de cálculo que expressa o tempo de serviço. Assim, ainda que, para fins de aplicação do tema 76 (novos tetos), seja necessário considerar o salário de benefício, a identificação do melhor benefício (tema 334) deverá observar o valor da renda mensal inicial, inclusive com os efeitos dos tetos então vigentes.”

Nada a opor quanto a essa conclusão. É efetivamente a partir das RMIs que se farão as comparações.

Agora afirmar que aplicar a legislação de regência relativamente à evolução da renda mensal seria empregar hibridismo não vejo como a melhor construção. Reajustar a renda segundo a forma que a lei determinava para seu reajuste ao longo do tempo não constitui hibridismo.

É bem verdade que, mais recentemente, o RE 1.153.266, relator Min. Luiz Fux, julgado em 14.09.2018, publicado em processo eletrônico DJe-195, divulgado em 17.09.2018, publicação em 18.09.2018, afirma que revisões posteriores como a ensejada pelo art. 58 do ADCT não teriam o condão de resultar em possibilidade de execução do título de direito adquirido ao melhor benefício:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO AO MELHOR BENEFÍCIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PARA RENDA MENSAL INICIAL INFERIOR, SOB O FUNDAMENTO DE QUE SERIA MAIS VANTAJOSO, CONSIDERADOS OS CRITÉRIOS SUPERVENIENTES DE RECOMPOSIÇÃO OU REAJUSTE DO BENEFÍCIO. INVIABILIDADE. RE 630.201. TEMA 334 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO.

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão que possui a seguinte ementa, *in verbis*:

‘PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RMI. EXISTÊNCIA DE TÍTULO JUDICIAL A POSSIBILITAR O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. CÁLCULO DA CONTADORIA. RMI MAIS VANTAJOSA. 1. Tendo o voto condutor do acórdão condenado o INSS a proceder à revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, *in casu*, contando a parte-autora mais de 35 anos de tempo de contribuição em 23.06.1986, é aferível de plano que, em abril de 1985, a parte-autora detinha tempo de serviço suficiente para concessão do benefício. 2. Levando-se em conta a revisão do artigo 58 do ADCT, o benefício recalculado em 04/1985 passa a ser mais vantajoso, uma vez que corresponde a um número maior de salários mínimos.’ (Doc. 31)

Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal.

O tribunal *a quo* proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

É o relatório. DECIDO.

O recurso merece prosperar.

O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 630.501, redator para o acórdão Min. Marco Aurélio, tema 334 da repercussão geral, assentou que o segurado tem direito a escolher o benefício mais vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido. Por oportuno, trago à colação a ementa do referido julgado:

‘APOSENTADORIA – PROVENTOS – CÁLCULO. Cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, *pouco importando o decurso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais*. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – Ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.’

Naquela oportunidade, firmou-se entendimento no sentido de que, se a retroação da DIB não for mais favorável ao segurado, não há que se admitir a revisão do benefício, ainda que se invoque conveniência decorrente de critérios supervenientes de recomposição ou reajuste diferenciado dos benefícios. *A respeito, confira-se trecho do voto condutor do acórdão:*

‘Não poderá o contribuinte, pois, pretender a revisão do seu benefício para renda mensal inicial inferior, sob o fundamento de que, atualmente, tal lhe seria vantajoso, considerado o art. 58 do ADCT, que determinou a recomposição dos benefícios anteriores à promulgação da Constituição de 1988 considerando tão somente a equivalência ao salário mínimo.

O fato de o art. 58 do ADCT ter ensejado que benefício inicial maior tenha passado a corresponder, em alguns casos, a um benefício atual menor é inusitado, *mas não permite a revisão retroativa sob o fundamento do direito adquirido.*

A invocação do direito adquirido, *ainda que implique efeitos futuros, exige que se olhe para o passado. Modificações legislativas posteriores não justificam a revisão pretendida, não servindo de referência para que o segurado pleiteie retroação da DIB (data de início do benefício).*’

Na hipótese dos autos, o tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação, sob o argumento de que, embora o valor da nova RMI reajustada seja inferior à RMI original do benefício, a partir da revisão pelo artigo 58 do ADCT, pela equivalência salarial, o benefício recalculado em 04/1985 passa a ser mais vantajoso ao autor, tendo em vista que corresponde a um número maior de salários mínimos. É o que se observa do seguinte trecho do acórdão impugnado:

‘Encaminhados os autos à contadoria deste Tribunal, foi emitida informação nos seguintes termos (evento 5 – INF1):

[...]

Diante do exposto, verificamos que, se for considerada apenas a data da DER como parâmetro para a comparação do melhor benefício, ou seja, em 23.06.1986, não existem diferenças em favor do autor, uma vez que a RMI recalculada é inferior à que foi concedida à época.

Já se a comparação levar em conta a revisão do artigo 58 do ADCT, o benefício recalculado em 04/1985 passa a ser mais vantajoso, uma vez que corresponde a um número maior de salários mínimos, conforme cálculo elaborado pelo NCJ do primeiro grau.

[...]

Assim, tenho como corretos os cálculos apresentados pela Contadoria deste Tribunal. Logo, merece acolhida o recurso da embargada no ponto.’ (Doc. 30, fls. 3-4)’

Logo, o acórdão recorrido divergiu da orientação deste Supremo Tribunal.

Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 932, V, do CPC/2015, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Publique-se.

Brasília, 14 de setembro de 2018.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente.”

A frase de que modificações legislativas posteriores não justificam a revisão pretendida se dá com base em quê? Posso afirmar que reajus-

te próprio é modificação estranha àquele benefício? Aqui não se está falando em hibridismo, mas característica de evolução da renda dos benefícios, esta posta pela legislação com a previsão de evolução. Por que criar uma fórmula aleatória quando é esta a previsão legal?

Tenho que a afirmação de que não se pode deixar de olhar para o passado não deixa claro que se permita chegar à conclusão sobre incidência de mera atualização monetária, pois, com base nessa mesma premissa, se poderia afirmar que a forma de evolução de benefício do passado para o momento atual é aquela dada pela legislação própria de evolução dos benefícios. Por que optar por outra qualquer?

Tal reajuste decorre de obrigação legal própria criada para a evolução da renda e não deve ser suprimido por uma ficção criada no sentido do que a única forma de reposicionar o valor de um benefício previdenciário, que não é qualquer valor, como, por exemplo, uma aplicação financeira, é atualizá-lo monetariamente até o momento da DER/DIB.

Cuida-se de interpretação descomprometida com o sentido para o qual se definiu que, se o benefício tivesse sido deferido em data anterior, hoje se estaria recebendo um melhor benefício. Não se cuida de um valor que, se tivesse sido aplicado no mercado financeiro ou na poupança, estaria valendo mais do que um valor aplicado em outro fundo de investimento.

As evoluções/atualizações devem ser feitas pelo sistema próprio de cada forma de capitalização ou direito concedido, e não se pode eleger os índices de atualização monetária como a única maneira de reposicionar a expressão monetária no presente sem explicar por que não devem ser empregadas as fórmulas legais naturais de cada direito com suas particularidades e distinções. Por exemplo, é impensável atualizar a aplicação em poupança pelos índices de correção monetária, se não foi esse o sistema próprio para tal aplicação, sob o fundamento de que seria essa a forma de trazer a expressão monetária do passado para o presente, assim como não foi esse o sistema de evolução criado para os benefícios previdenciários.

Cuidando-se de benefício previdenciário, a evolução para data futura tem de ser feita pela forma própria de evolução dos benefícios previdenciários.

Ou seria de se admitir dois cálculos, um para verificar se o benefício era melhor pela simples atualização monetária, e, caso verificada a superioridade, quando da apuração das diferenças se promover a atualização pelos reajustes dos benefícios para reposicioná-lo no momento da DER? Ou vamos chegar à situação de ignorar a forma de atualização dos benefícios previdenciários e reposicioná-los apenas pela correção monetária para efeito de pagamento de diferenças?

Não se trata de modificações legislativas, no sentido de hibridização, nesse caso sim de aplicação inadequada, mas aqui disso não se trata.

A afirmação de que a única forma de olhar para o passado para corrigir adequadamente a expressão monetária da RMI do benefício seria mediante essa opção de aplicar índices de correção monetária, e não a regra de reajustes própria daquela expressão do benefício, por si só, não justifica a alteração proposta. A não ser que se entenda, repito, como hibridismo, o que, salvo melhor juízo, repito, não é o caso.

Existirão ainda outras circunstâncias que recomendam esse reposicionamento para o futuro mediante aplicação da legislação própria de reajustes de benefícios previdenciários, como já expus.

Ao apenas aplicarmos a correção monetária na RMI, nos casos em que esta foi alijada da verdadeira expressão contributiva do segurado (benefícios deferidos antes da CF/88, quando eram calculados sem a correção monetária das últimas 12 contribuições), estaríamos comparando o que se entendeu não integralizado, tanto que se criaram mecanismos como a recuperação pelo reajuste integral na primeira oportunidade possível, ou seja, no primeiro reajuste, para dar concretude ao esforço contributivo do segurado. Com a mera atualização, acabo por evoluir/comparar essa renda inicial defasada, para a qual se criaram mecanismos de superação desse prejuízo como súmulas, legislação de regência, repetitivos que serviram para reposicionar o benefício com a justa e devida evolução.

Até mesmo para manter a coerência das decisões judiciais, se há manifestação sumular determinando a recuperação do prejuízo na apuração da RMI aferida, pois se admitiu que a RMI não correspondia à verdadeira expressão contributiva do segurado, como fazer essa comparação, reposicionando-a, defasada, mediante simples atualização para o momento em que deferido o benefício?

Aqui não se está diante de mero reajuste aleatório futuro, mas, a exemplo da recuperação dos tetos desprezados (ECs 20 e 41), em que se permitiu a recuperação do que foi desprezado quando da elevação dos tetos, não se cuida de mero reajuste, mas de reposição, de supressão do passado no momento da apuração da RMI.

Pelo exposto, creio que não só se pode como se deve fazer a interpretação de que a forma mais adequada de reposicionamento de um benefício para o momento da DER originária é mediante a aplicação dos reajustes próprios dos benefícios.

Com tais argumentos, que superam a omissão no julgamento originário, verifica-se resultado diverso no julgamento do agravo de instrumento, já que a irresignação é fundada. Assim, com a presença de efeito infringente, o caso é de provimento ao agravo de instrumento.

Diante do exposto, com vênia à relatora, voto por dar provimento aos embargos de declaração e, atribuindo-lhes efeito infringente, dar provimento ao agravo de instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5051760-84.2019.4.04.0000/SC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

Relator para o acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz

Agravante: Maria Salete Klosowski

Advogada: Dra. Geórgia Andréa dos Santos Carvalho

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

EMENTA

Processo previdenciário. Fungibilidade, adstrição e congruência de pedidos na via judicial e na via administrativa. Relativização. Dever de pesquisa, esclarecimento, informação e adaptação no processo admi-

nistrativo. Aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria do deficiente.

1. Hipótese em que o segurado requereu na via administrativa o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (indeferido), espécie em que está inserida a aposentadoria do deficiente, tendo cogitado desta última apenas em sede de recurso administrativo. Decorrido prazo legal, não recebeu qualquer resposta ao recurso. Ajuizada a ação, o juízo agravado sustentou que o ajuizamento implicaria renúncia ao direito de recorrer e desistência do recurso interposto e extinguiu o processo por falta de requerimento na via administrativa quanto ao benefício de aposentadoria do deficiente, que restou sem postulação qualquer na via administrativa.

2. No processo previdenciário, não tem aplicação rígida o *ne procedat ex officio*, tanto no que diz respeito ao princípio da demanda, como ao princípio do dispositivo (arts. 2º, 141 e 492 do CPC). Não constitui sentença *extra petita* a concessão de benefício diverso do requerido.

3. A fungibilidade, tal como reconhecida jurisprudencialmente, se dá: (1) *na via administrativa*, na qual o segurado não está obrigado a requerer o benefício específico a que tem direito, cumprindo à administração previdenciária o dever de pesquisa, informação, esclarecimento e adaptação do pedido, ao modo de garantir ao segurado o benefício adequado (melhor); (2) *na via judicial*, em que (a) pode ser concedido benefício diverso daquele postulado na via administrativa e (b) pode ser concedido benefício diverso daquele postulado na inicial (*jura novit curia e narra mihi factum dabo tibi ius*).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia Turma Regional Suplementar de Santa Catarina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencido o relator, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal *Paulo Afonso Brum Vaz*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de maio de 2020.

Des. Federal *Paulo Afonso Brum Vaz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que, em ação de procedimento comum, indeferiu a petição inicial quanto ao pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência.

Em suas razões, a agravante sustenta que não foi apreciado na origem o requerimento de justiça gratuita, requerendo seu deferimento, em virtude de não ter condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do próprio sustento e do de sua família.

Quanto à questão de fundo, assevera que, após quase dois anos do requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, bem como após cerca de nove meses da interposição de recurso da decisão indeferitória na seara administrativa, não obteve resposta de seu pleito na esfera extrajudicial, em total desrespeito ao que dispõe a Lei nº 9.784/99, impelindo-a a propor esta ação.

Aduz que o interesse de agir somente surge quando o requerimento administrativo é indeferido, ou em caso de omissão do INSS, quando não profere decisão, deferindo ou indeferindo o requerimento, em prazo razoável.

Refere que a apreciação do requerimento, com a formulação de exigências, a concessão do benefício ou o indeferimento deste, deve ser realizada em 30 dias, consoante disposição legal da Lei nº 9.874/99.

Refere ainda que, se, durante esse prazo, o requerimento for indeferido ou não for apreciado, surgirá o interesse de agir do segurado ou beneficiário para o ajuizamento da ação.

Assinala que não se deve exigir que o interessado esgote as vias administrativas, interpondo todos os recursos cabíveis, para depois, então, ingressar com a ação, sob pena de inviabilizar o acesso à justiça.

Aponta que a demora na análise do pleito causa desamparo à segurada, justamente no momento em que a cobertura previdenciária deveria socorrê-la, sendo de conhecimento da autarquia, e agora do Judiciário, sua redução de capacidade laboral em virtude da moléstia que lhe acomete.

Acrescenta que não se tem conhecimento e não há no processo administrativo e/ou judicial qualquer documento que demonstre o motivo

pelo qual o requerimento administrativo ainda se encontra pendente de análise, mesmo já decorrido um prazo razoável para sua apreciação, o que demonstra o interesse processual da parte agravante na lide.

Afirma que o interesse de agir é evidente, revelando-se, ademais, a necessidade e a utilidade do processo, em virtude de encontrar sua pretensão óbice na via administrativa, em face da omissão da autarquia agravada.

Foram juntadas as contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: A decisão agravada tem o seguinte teor:

“Verifico que o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência foi formulado somente em grau de recurso, e até o ajuizamento da ação o recurso não havia sido analisado.

Com efeito, conforme se observa da decisão apresentada no evento 1/DEC7, houve requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição em 19.05.2017, o qual restou indeferido.

Em 25.10.2018, a autora apresentou recurso administrativo alegando que se encontra com limitações físicas, merecendo a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência (evento 9/REC3). Esse recurso foi protocolado em 07.11.2018 (evento 9/OUT4).

O recurso pende de julgamento na Junta de Recursos da Previdência Social.

Pois bem. O § 3º do art. 126 da Lei nº 8.213/91 dispõe que:

‘§ 3º A propositura de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.’

Dessa forma, considerando que o ajuizamento da presente ação importou em desistência do recurso na via administrativa, falta interesse de agir à autora com relação a esse pedido, porquanto não há requerimento no INSS para obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência.

Registre-se que os requisitos para concessão desse benefício diferem dos requisitos necessários à obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição. De qualquer forma, fica ressalvada a possibilidade de novo requerimento judicial para obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, caso não seja concedida na esfera administrativa.

Dessa forma, indefiro a petição inicial neste ponto.

Preclusa esta decisão, cite-se o INSS, devendo o feito prosseguir exclusivamente em relação ao pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, espécie 42.”

A agravante sustenta que possui interesse de agir, motivo pelo qual não há falar em indeferimento da inicial quanto ao seu pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição à pessoa com deficiência.

Em seus dizeres, “não se deve exigir que o interessado esgote as vias administrativas, interpondo todos os recursos cabíveis, para depois, então, ingressar com a ação”.

A decisão agravada, como consta da fundamentação acima transcrita, não apontou a necessidade de exaurimento da via administrativa para o ajuizamento da ação.

Apontou que o ajuizamento da presente ação importou em desistência do recurso na via administrativa, sendo esse o motivo pelo qual reconheceu a falta de interesse de agir da ora agravante, conforme a inteligência que se extrai do artigo 126, § 3º, da LB.

A desistência recursal (em face do ajuizamento desta ação) implica ausência, neste caso específico, de requerimento administrativo e, portanto, do interesse de agir.

Isso porque foi somente no instante do oferecimento do recurso na esfera extrajudicial, em face do indeferimento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, que a autora pleiteou a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição à pessoa com deficiência.

Como a agravante não formulou pleito conjunto ou alternativo no momento do pedido administrativo (de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, ou de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição à pessoa com deficiência), apenas o fazendo na instância recursal administrativa, não é possível adotar-se a solução por ela proposta, haja vista que verificada a desistência do aludido recurso protocolado naquela seara.

Outrossim, da petição inicial, colhe-se que a agravante formulou os seguintes pedidos:

“III – DOS REQUERIMENTOS

Isso posto, requer-se:

a) a concessão da gratuidade da justiça, prevista no artigo 98 do Código de Processo Civil, em face da insuficiência de recursos da parte-autora para pagar as custas e as despesas processuais;

b) a intimação do agravado para, querendo, responder no prazo legal;

c) a dispensa da comunicação do agravo, uma vez que o sistema de processo eletrônico lançará automaticamente registro nos autos originários, suprindo o disposto no artigo 1.018 do CPC, de acordo com o Regimento do TRF 4ª Região;

d) a dispensa da apresentação das peças obrigatórias nos termos previstos no art. 1.017 do CPC, por tratar-se de processo eletrônico, de acordo com o previsto no Regimento do TRF 4ª Região;

e) a dispensa do preparo, uma vez que foi pleiteado o deferimento da justiça gratuita;

f) no mérito, o *total provimento* ao agravo de instrumento, a fim de que haja prosseguimento do feito em relação também ao pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, haja vista a presença do interesse de agir, em seus ulteriores termos e pleitos iniciais;

g) caso não seja concedido à agravante o benefício da justiça gratuita, requer seja deferido o pagamento das custas ao final da presente ação;

h) requer que todas as intimações sejam feitas em nome de Geórgia Andréa dos Santos Carvalho (OAB/SC 15.085-B).

Pede deferimento.”

Não foi requerido, como visto, o reconhecimento do excesso de prazo para análise do recurso administrativo.

Logo, em face dos limites do pedido, também não se faz possível seu reconhecimento, valendo-se do presente remédio recursal.

Consequentemente, tem-se que a insurgência não merece prosperar.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz: Com a devida vênia, divirjo da posição do eminente relator, que deixa de aplicar a fungibilidade na via administrativa.

Ora, em matéria previdenciária, devem ser mitigadas algumas formalidades processuais, haja vista o caráter de direito social da previdência e da assistência social (Constituição Federal, art. 6º), intimamente vinculado à concretização da cidadania e ao respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II e III), bem como à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais, objetivos fundamentais do Estado (CF, art. 3º, I e III), tudo a demandar uma proteção social eficaz aos segurados, aos seus dependentes e aos demais beneficiários, inclusive quando litigam em juízo.

Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra *Técnica processual e tutela dos direitos* (RT, 2004), ao tratar da “mitigação do princípio da con-

gruência entre o pedido e a sentença” (p. 134 e seguintes), refere o seguinte:

“A necessidade de dar maior poder ao juiz para a efetiva tutela dos direitos, espelhada, em primeiro lugar, na quebra do princípio da tipicidade das normas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, trouxe, ainda, a superação da ideia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença. Note-se que a superação dessa ideia é uma consequência lógica da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, uma vez que todas elas se destinam a dar maior mobilidade ao juiz – e assim maior poder de execução. A ligação entre tudo isso, ademais, deriva do fato de que a regra de congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação entre conhecimento e execução, foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em congruência, afirma-se que sua finalidade é evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade. O CPC, em dois artigos, alude à ideia de o juiz ater-se ao alegado pelo autor. O art. 128 diz que ‘o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte’. E o art. 460 afirma que ‘é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado’. O art. 460, ao traduzir a ideia de segurança jurídica, afirma que a sentença deve limitar-se ao pedido nos sentidos imediato e mediato. Ao falar na proibição de sentença de ‘natureza diversa da pedida’, alude ao pedido imediato, e, ao apontar para vedação de condenação em ‘quantia superior ou em objeto diverso’, trata do pedido mediato. Tal distinção é fácil de ser apreendida, pois o objeto mediato reflete o ‘bem da vida’ – a quantia, o objeto – que se procura obter com o acolhimento do pedido imediato, isto é, com a sentença solicitada. Essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela dos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode ser visto como um ‘inimigo’, mas como representante de um Estado que tem consciência de que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social. Pois bem: os arts. 461 do CPC e 84 do CDC – relativos às ‘obrigações de fazer e de não fazer’ – dão ao juiz a possibilidade de impor a multa ou qualquer outra medida executiva necessária, ainda que não tenham sido pedidas. O art. 461 do CPC, por exemplo, afirma expressamente, no seu § 4º, que o juiz poderá impor multa diária ao réu, ‘independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação’, e, no seu § 5º, que ‘poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como (...)’. No mesmo sentido, o novo art. 461-A – que entrou em vigor em agosto de 2002 –, pois afirma, no seu § 3º, que são a ele aplicáveis as regras que estão nos parágrafos do art. 461. Desse modo, caso tenha sido solicitada a busca e apreensão, poderá ser imposta a multa, ou vice-versa. Nessa linha, é importante perceber que pode ser solicitada sentença executiva, ou seja, capaz de conduzir à tutela do direito mediante coerção direta ou sub-rogação, e o juiz conceder sentença mandamental (ou coerção indireta). Ou o inverso, pois pode ser concedida sentença executiva no lugar de sentença mandamental. Ademais, está expressa, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar

conteúdo diverso ao fazer ou ao não fazer pedido, ou melhor, impor outro fazer ou não fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da ‘obrigação originária’. Assim, por exemplo, se é requerida a cassação da poluição e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), outro fazer deve ser imposto.”

Esta Corte tem entendido, em face da natureza *pro misero* do Direito Previdenciário e calcada nos *princípios da proteção social e da fungibilidade dos pedidos* (em equivalência ao da fungibilidade dos recursos), não consistir em julgamento *ultra* ou *extra petita* a concessão de uma aposentadoria diversa da pedida, uma vez preenchidos os requisitos legais. Isso porque o que a parte pretende é a aposentadoria, e esse é o seu pedido, mas o fundamento, sim, é variável (por incapacidade, por idade, tempo de serviço, etc.). Ou seja, o pedido em sede previdenciária é a concessão de benefício, seja qual for a natureza ou o fundamento. Nesse sentido se manifesta a jurisprudência deste Tribunal:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DO POSTULADO DE APOSENTADORIA POR IDADE DISPOSTA NO ART. 48, *CAPUT*, DA LEI 8.213/91. POSSIBILIDADE. MARCO INICIAL DE CONCESSÃO. ANTECIPAÇÃO. TUTELA. 1. Diante do exercício de atividade eminentemente urbana desenvolvida pelo autor em extenso intervalo abrangido pelo período correspondente à carência, bem como de contribuições como autônomo ao longo de anos, não há como ser concedida a aposentadoria por idade rural. 2. Pretendendo o requerente a concessão de aposentadoria por idade, não há qualquer óbice a que seja concedida a aposentadoria por idade disposta no *caput* do art. 48 da Lei 8.213/91, porquanto, não se tratando de trabalhador rural (§ 1º e § 2º do art. 48 da Lei de Benefícios), a inativação por idade norteia-se pelo princípio contributivo, exigindo do segurado o implemento do requisito etário (60 anos para mulher e 65 para homem) e o número de contribuições equivalente à carência exigida naquela lei, de forma que, comprovado pelo segurado o recolhimento das contribuições previdenciárias ao sistema, torna-se despiendo que o exercício da atividade tenha sido desempenhado em área rural ou urbana. 3. É possível o preenchimento não simultâneo dos requisitos etário e de carência para a concessão de aposentadoria por idade. Precedentes do eg. STJ e deste colendo TRF/4ª Região. 4. Tendo o demandante sido filiado ao sistema em época anterior à edição da Lei nº 8.213/91, a ele se aplica a tabela constante do art. 142 da Lei de Benefícios, de forma que, preenchida a carência ali estipulada, porque vertidas mais de 190 contribuições ao sistema, e completada a idade mínima de 65 anos, é devida a aposentadoria por idade a contar da data do requerimento administrativo. 5. Não há que se falar em decisão *extra petita*. Se o autor postulou, na petição inicial, a concessão de aposentadoria por idade, alegando a condição de rurícola, por certo que o nome dado à aposentadoria por idade é irrelevante, uma vez que consagrada, em matéria de concessão de benefício, a aplicação do brocardo latino da *mihi factum dabo tibi ius*, que autoriza o julgador a conceder benefício distinto do postulado, até mesmo em homenagem ao princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas. 6.

Tendo havido prévia interposição de agravo de instrumento da decisão que antecipou os efeitos da tutela pretendida, resta preclusa a matéria, não merecendo conhecimento o pedido de revisão da decisão formulado em sede de apelação.” (AC 2001.70.04.000857-0/PR, 5ª Turma, Des. Federal Celso Kipper, DJU 14.09.2005, p. 891)

A 3ª Seção deste Tribunal, na sessão de 09.06.2005, ao julgar os Embargos Infringentes em AC nº 2000.04.01.107.110-2, relator para o acórdão Des. Federal Celso Kipper, entendeu ser cabível a concessão de aposentadoria por idade em vez da aposentadoria por tempo de serviço, aquela decorrente de pedido sucessivo postulado na inicial, mas não renovado em sede de apelação, em razão da natureza *pro misero* do Direito Previdenciário. Decidiu-se que, em sede previdenciária, o pedido é a concessão de uma prestação previdenciária, e o fundamento, a incapacidade, a velhice, o tempo de serviço, etc.

Também há outro precedente da 3ª Seção deste Tribunal que, apreciando situação semelhante e citando os fundamentos do paradigma acima referido, decidiu no mesmo sentido (EI em AC 2002.04.01.014901-3/SC, rel. Des. Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle, DJU 26.10.2005).

Em verdade, seja em face da mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença citado por doutrina abalizada, seja em face da natureza *pro misero* que subjaz ao Direito Previdenciário, seja, ainda, pela invocação dos princípios *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*, especialmente importantes em matéria previdenciária, evidencia-se a não violação dos limites da lide quando deferido benefício diverso do formalmente postulado na inicial.

No caso em tela, pediu-se administrativamente aposentadoria por tempo de contribuição, espécie na qual se enquadra a aposentadoria do deficiente.

A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que não necessita haver coincidência exata entre o benefício requerido na via administrativa e o requerido na via judicial:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. CONECTÁRIOS. 1. O benefício assistencial é devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Não há óbice à concessão de benefício diverso do pedido, em razão do princípio da fungibilidade das ações previdenciárias, tendo por fim a garantia da efetividade do direito social à

previdência social. Assim, *não há que se falar em falta de interesse de agir quando protocolizado pedido administrativo de benefício diverso do pleiteado na ação judicial. (...) (TRF4, AG 5001600-55.2019.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 05.02.2019). [...] (TRF4, AC 5008389-46.2019.4.04.9999, Sexta Turma, relator Julio Guilherme Berezoski Schattschneider, juntado aos autos em 04.12.2019)*

“PREVIDENCIÁRIO. QUESTÃO DE ORDEM. BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE. FUNGIBILIDADE. VIABILIDADE. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA. PERÍCIA SOCIOECONÔMICA. DILIGÊNCIAS. NECESSIDADE. 1. Embora ausentes os requisitos para o recebimento de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, é perfeitamente cabível que se lhe conceda o benefício assistencial se constatado o direito da parte-autora à sua percepção. 2. *Em virtude da fungibilidade existente entre os benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e benefício assistencial ao deficiente, e havendo prévio requerimento administrativo quanto a um deles, resta configurado o interesse de agir quanto aos demais.* 3. Hipótese em que, a fim de viabilizar a possibilidade de concessão de benefício assistencial, faz-se necessária a realização de perícia médica judicial para apurar o estado de saúde da parte-autora e de estudo social para que possa ser analisado o requisito da miserabilidade.” (TRF4, AC 5044052-61.2016.4.04.9999, Turma Regional Suplementar do PR, relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 28.03.2018)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL. EXTENSÃO DA PROPRIEDADE. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS PERMANENTES. NÃO COMPROVAÇÃO. AUXÍLIO DE VIZINHOS. POSSIBILIDADE. INCAPACIDADE LABORAL. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. 1. É devido o reconhecimento do tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, quando comprovado mediante início de prova material corroborado por testemunhas. 2. A extensão da propriedade não constitui óbice, por si só, ao reconhecimento da condição de segurado especial, devendo ser analisada junto do restante do conjunto probatório, que, na hipótese, confirmou o exercício da atividade rural somente pelo grupo familiar. 3. O auxílio eventual de terceiros no exercício da atividade rural sob o regime de ‘troca de dia’ ou ‘empréstimo de máquinas’ não descaracteriza o regime de economia familiar. 4. Tratando-se de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o julgador firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. 5. Tendo o conjunto probatório apontado a existência da incapacidade laboral desde a época do requerimento administrativo, o benefício é devido desde então e, após a juntada do laudo pericial judicial que atestou a sua total e permanente incapacidade, convertido em aposentadoria por invalidez. 6. *Este Regional tem o entendimento consolidado de que os benefícios previdenciários de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e assistencial à pessoa com deficiência são fungíveis, cabendo ao magistrado (e mesmo ao INSS, em sede administrativa) conceder à parte ou a conversão, ou o benefício apropriado à sua condição fática, sem que disso resulte julgamento extra petita.*” (TRF4, AC 0004846-62.2015.4.04.9999, Turma Regional Suplementar de SC, relator Celso Kipper, D.E. 29.09.2017)

Como disse a Juíza Bianca em artigo na Revista de Doutrina (CUNHA, Bianca Georgia Arenhart Munhoz da. O princípio da deman-

da e sua absoluta inaplicabilidade ao Direito Processual Previdenciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Acesso em: 05 maio 2020),

“quem pretende uma demanda perante a Seguridade Social mal sabe o que exatamente quer, em termos jurídicos. Dessarte, observa-se que, por inúmeros percalços – desde a insuficiência da resposta administrativa até a falta de orientação específica –, o adoentado, carente, hipossuficiente social quer apenas a tutela da Previdência, a quem com árduo trabalho contribuiu; ou, em outras espécies mais graves, o mínimo sustentável, garantido pela Assistência Social.”

A propósito, a Segunda Turma do STJ proferiu julgamento nessa linha, tendo o Ministro Humberto Martins referido que, “em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento *extra* ou *ultra petita* a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido” (AgRg no AREsp 574.838).

Logo, não há sentido em não se aplicar a fungibilidade para o processo administrativo, sobretudo quando há disposição expressa nas normativas que disciplinam o processo administrativo ditando que cumpre ao INSS conceder o benefício a que faz jus o segurado, segundo as informações que detém, conforme previsto no Enunciado nº 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social: “A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

Aliás, cabe ao instituto previdenciário, nos termos do art. 88 da Lei nº 8.213/91, esclarecer e orientar o segurado de seus direitos, apontando os elementos necessários à concessão do amparo da forma mais indicada, conforme já decidiu este colegiado recentemente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR DEMONSTRADO. ATIVIDADE ESPECIAL. PROVA PERICIAL. CABIMENTO.

1. Tendo havido prévio indeferimento administrativo do pedido de aposentadoria, resta demonstrado o interesse processual da parte-autora na propositura da ação.

2. Hipótese em que a ação deve prosseguir também para exame do pedido de reconhecimento do tempo de serviço especial. [...]” (AI nº 5022179-97.2014.4.04.0000, 5ª Turma, rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 04.11.2014)

Com efeito, o interesse de agir afigura-se como uma das condições da ação e a sua ausência enseja o indeferimento da inicial com a conse-

quente extinção do feito sem julgamento do mérito, a teor dos artigos 17, 330, inciso III, e 485, inciso IV, todos do CPC. A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, no julgamento do RE nº 631.240 (rel. Ministro Roberto Barroso, Plenário, j. 03.09.2014), deixou assentado que “a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e seu indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise”.

Logo, diante da formulação de requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição, é forçoso reconhecer que, ante a apresentação de requerimento administrativo, houve descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do instituto previdenciário (dever de informação e orientação do segurado), que não apenas deixou de informar adequadamente a segurada, mas também não se atentou para verificar que se tratava de atividade suscetível de enquadramento como especial em razão da deficiência.

Nessa linha de intelecção, cabe rememorar as premissas da paradigmática decisão proferida pelo STF ao julgar o Tema nº 350 (RE nº 631.240):

“29. As principais ações previdenciárias podem ser divididas em dois grupos: (i) demandas que pretendem obter uma prestação ou vantagem inteiramente nova ao patrimônio jurídico do autor (concessão de benefício, averbação de tempo de serviço e respectiva certidão, etc.); e (ii) ações que visam ao melhoramento ou à proteção de vantagem já concedida ao demandante (pedidos de revisão, conversão de benefício em modalidade mais vantajosa, restabelecimento, manutenção, etc.).

30. No primeiro grupo, como regra, exige-se a demonstração de que o interessado já levou sua pretensão ao conhecimento da autarquia e não obteve a resposta desejada. No segundo grupo, precisamente porque já houve a inauguração da relação entre o beneficiário e a Previdência, não se faz necessário, de forma geral, que o autor provoque novamente o INSS para ingressar em juízo.

31. Isso porque, como previsto no art. 88 da Lei nº 8.213/1991, *o serviço social do INSS deve ‘esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade’*. Daí decorre a obrigação de a Previdência conceder a prestação mais vantajosa a que o beneficiário faça jus, como prevê o Enunciado nº 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social (*‘A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido’*).

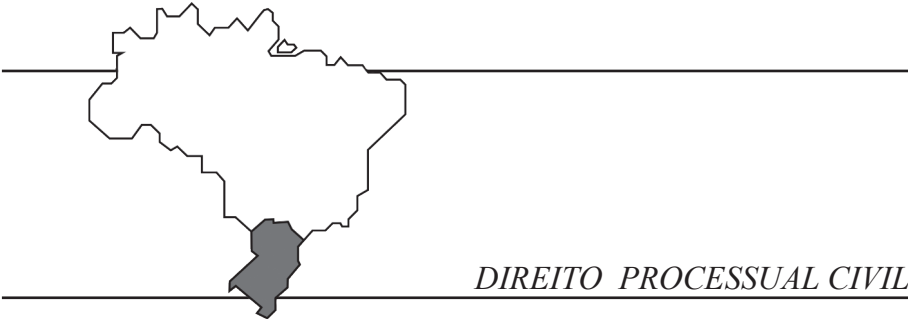
32. Assim, uma vez requerido o benefício, se for concedida uma prestação inferior à devida, está caracterizada a lesão a direito, sem que seja necessário um prévio requerimen-

to administrativo de revisão. A redução ou supressão de benefício já concedido também caracteriza, por si só, lesão ou ameaça a direito sindicável perante o Poder Judiciário. Nesses casos, a possibilidade de postulação administrativa deve ser como mera faculdade à disposição do interessado.” (grifei)

Portanto, mesmo que a segurada não houvesse formulado na via administrativa pedido expresso de cômputo de tempo de serviço especial, caberia ao INSS examinar o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da adequada proteção previdenciária.

Dessarte, deve ser reformada a decisão agravada, a fim de que a demanda originária prossiga também quanto à análise do requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência.

Ante o exposto, com a vênia do eminente relator, voto por dar provimento ao agravo de instrumento.



DIREITO PROCESSUAL CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5004242-37.2016.4.04.7200/SC

Processo originário: nº 5004242-37.2016.4.04.7200/SC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (embargante)

Apelada: Tania Maria Pinto Pompeo (embargada)

Advogado: Dr. Leonardo Zicarelli Rodrigues

EMENTA

Apelação. Execução contra a Fazenda Pública. Embargos. Inexistência de título judicial contra o INSS. Procedência dos embargos.

A ausência de título judicial formado contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS desautoriza a execução de sentença contra ele movida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia Turma Regional Suplementar de Santa Catarina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de maio de 2020.

Des. Federal *Sebastião Ogê Muniz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS de sentença cujo dispositivo tem o seguinte teor:

“III – Dispositivo

ANTE O EXPOSTO, REJEITO os embargos opostos pelo INSS e julgo o processo com resolução do mérito – art. 487, I, do CPC (Lei 13.105/15). Por conseguinte, DETERMINO o prosseguimento da execução pelo valor de R\$ 6.126,55, referido a 10/2015, sem prejuízo da atualização e do acréscimo de juros moratórios na forma da lei.

CONDENO o INSS a pagar honorários advocatícios nos termos do art. 85, § 3º, do CPC (Lei 13.105/15), os quais fixo no mínimo legal, sobre o valor da execução.

Causa isenta de custas – art. 7º, Lei nº 9.289/96.

Caso seja interposta apelação, deverá a secretaria da vara intimar a parte adversa para contrarrazoar no prazo legal, e, após, remeter os autos ao e. TRF da 4ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Destacam-se, nas razões de apelação, os seguintes trechos:

“1. BREVE RESUMO DOS FATOS

Cuida-se de execução de pretensão título judicial tirado contra o INSS no processo 5011346- 22.2012.4.04.7200.

No referido processo, LUCILENE VENTURA POMPEO pleiteou antecipação de tutela em face do INSS e da ora exequente, TANIA MARIA PINTO POMPEO, para que o benefício de pensão por morte titularizado por ambas não fosse pago em cotas iguais, mas sim em 80% para a autora da ação de conhecimento e 20% para a ora exequente.

Tendo sido indeferida na primeira instância, evento 3, processo 5011346-22.2012.4.04.7200, foi, contudo, primeiro, deferida em sede de agravo de instrumento, processo 5010793-41.2012.4.04.0000, evento 2, depois revogada, evento 19, ACOR1, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

‘EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO. PERCENTUAL. A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado falecido (art. 74 da Lei nº 8.213/91) e, concorrendo ao benefício mais de um dependente da mesma classe, a pensão deve ser rateada entre todos em partes iguais, nos termos do art. 77 do mesmo comando legal. Dessa forma, carece de fundamento legal a pretensão da agravante de que a corré deva receber apenas o percentual que ela recebia do segurado a título de pensão alimentícia.

(...)

Além disso, a demanda foi julgada improcedente em primeira e segunda instâncias.

Revogada a tutela, o benefício foi restabelecido aos moldes originários, voltando a ser pago na cota de 50% para cada dependente.

Não obstante, durante determinado período de vigência da ordem do TRF da 4ª Região, o INSS viu-se compelido a pagar a pensão em cota de 80% para a dependente Lucilene e 20% para a dependente Tania.

Transitada em julgado a decisão que julgou improcedente o pedido, a corré Tania Maria Pinto Pompeo, em vez de buscar ressarcir o dano que lhe foi causado pela antecipação em face de quem foi favorecido com a antecipação de tutela, ingressou com execução de sentença contra o INSS.

A Fazenda Pública opôs embargos à execução alegando, em síntese, ilegitimidade passiva, considerando não ter sido sucumbente, não haver título judicial contra si, e, até por cautela, porque o primeiro argumento já deveria bastar, que não cometera ato ilícito que a obrigasse a ‘indenizar’ a exequente.

As objeções apresentadas pela autarquia não foram, contudo, acolhidas, obrigando a que o INSS recorra ao e. TRF4.

A sentença que julgou improcedentes os embargos à execução merece reforma, ante as razões a seguir expostas.

2. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EM DESFAVOR DO INSS – ILEGITIMIDADE PASSIVA

Conforme esclarecido no tópico precedente, a Fazenda Pública opôs embargos à execução alegando, em síntese, ilegitimidade passiva, considerando não ter sido sucumbente, não haver título judicial contra si.

Esse impedimento, ausência de título, foi afastado sob o fundamento de que a obrigação adviria do artigo 302 do novo Código de Processo Civil.

Com a devida licença, a r. decisão mostra-se totalmente contraditória ao referido dispositivo legal e, a pretexto de aplicá-lo, na verdade nega-lhe vigência, merecendo reforma, pois, conforme a própria decisão chega a expressar, cabe a quem recebeu valores por força de antecipação de tutela devolvê-los quando a demanda, ao final, é julgada improcedente, quando a tutela é revogada.

(...)

Até aí o ilustre magistrado de primeira instância acompanhou a lei. Contudo, mais adiante, sem apontar em qual legislação se estava embasando, apenas dizendo que a autarquia teria melhores mecanismos para cobrança, citando a possibilidade de desconto no benefício da autora, carrou a responsabilidade por ressarcir a exequente à autarquia.

É de se perquirir: com base em quê? Onde está escrito que o INSS tem que devolver valores pagos em antecipação de tutela que não recebeu, que foram pagos a outra pessoa?

Pelo contrário, o dispositivo legal citado expressa que a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa.

Ora, mas o INSS, além de não receber valor algum, de não ter sido beneficiado pela tutela, estava junto da ora exequente no polo passivo da ação, não era adversário da exequente.

Poder-se-ia argumentar que com base em decisão transitada em julgado, mas não há uma linha escrita nas decisões judiciais, pretensamente em execução, a respeito.

Desprestigiado, então, o inciso II do artigo 5º da Constituição, pois o INSS nada mais faz que representar os interesses da coletividade que contribui ao RGPS.

Ademais, nem mesmo o argumento de que o INSS teria melhores condições de cobrar a dívida, ressarcimento, prospera, pois as mesmas medidas que poderiam ser adotadas pela autarquia, particularmente o desconto em benefício, poderiam ser requeridas pela exequente ao Judiciário.

Pelo exposto, renova o INSS, a seguir, os argumentos deduzidos na inicial, pugnando pela reforma da sentença.

Com efeito, o instituto renova o pedido de licença para demonstrar que não é parte legítima para figurar no polo passivo da presente execução, haja vista que a autarquia restou vitoriosa na demanda judicial principal, não sendo sucumbente, não podendo ser oponente à Fazenda Pública qualquer obrigação em virtude do trânsito em julgado do processo de conhecimento 5011346-22.2012.4.04.7200.

A r. sentença julgou totalmente improcedente o pedido e foi confirmada por decisão unânime prolatada pelo e. TRF da 4ª Região em decisões nas quais inexistiu condenação ou sucumbência do INSS. Pelo contrário, o instituto foi vencedor da demanda.

DESTARTE, INEXISTE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL Oponente AO INSS, HAJA VISTA QUE EM MOMENTO ALGUM AS DECISÕES JUDICIAIS AMPARAM A PRETENSÃO EXECUTIVA DA EXEQUENTE PERANTE A AUTARQUIA.

A parte que restou sucumbente no feito foi a autora da demanda de conhecimento, a também dependente da pensão Sra. Lucilene Ventura Pompeo, sendo a ela, inclusive, pago o valor que, em tese, deveria ser destinado à exequente, e a autarquia assim não o fez EM VIRTUDE DE ESTRITO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

Desse modo, a parte que restou sucumbente e devedora de qualquer pendência que possa haver em virtude do processo de conhecimento proposto é a autora, Sra. LUCILENE VENTURA POMPEO, sendo ela a parte legítima para figurar no polo passivo da presente execução, e não o INSS.

3. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA COMISSIVA DA AUTARQUIA E O DANO CAUSADO – EXCLUSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE – FATO DE TERCEIRO

Com a devida licença, o ato do INSS em estabelecer a cota-parte da pensão da exequente em percentual menor do que 50% não se deu por vontade própria, mas por força de decisão judicial, não sendo de modo algum exigível do INSS conduta diversa, sob pena de cometer ato atentatório à justiça e crime de desobediência.

Desse modo, não é de direito exigir do INSS uma obrigação que, em primeiro lugar, é alheia; e, em segundo, quando existe uma excluyente do nexo de causalidade residente no fato de o INSS ter agido por dever de cumprir a ordem judicial, por fato de exclusiva responsabilidade de terceiro.

O dever de indenizar, no ordenamento jurídico pátrio, deve pressupor, inexoravelmente, o nexo causal entre a conduta (comissiva ou omissiva) do agente e o dano experimentado pela vítima, seja no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, seja no da objetiva.

Não havendo conduta livre, não há como também se dizer que há nexo causal entre o agir do INSS e o dano auferido pela exequente. Por nexo causal, devemos entender o liame que conecta a ação ou a omissão, como causa, ao prejuízo, como consequência.

No caso em tela, o dano sofrido pela exequente decorre de pedido da beneficiária da tutela e de decisão judicial, não havendo qualquer liame com conduta do INSS ou de seus servidores que o obrigue a reparar o dano.

É assente na doutrina e na jurisprudência que nosso ordenamento jurídico positivo adotou, para a responsabilidade do Estado, a teoria do risco administrativo, que exige, além da prova do dano patrimonial, a existência de nexo de causalidade entre a falta ou falha do serviço e o prejuízo sofrido.

Dessa forma, é possível resumir que cabe o dever de indenizar quando presentes os seguintes pressupostos básicos: a) existência de dano indenizável; b) verificação de nexo de

causalidade entre o dano e uma ação comissiva praticada por agente público no exercício do cargo; c) ilegalidade do ato comissivo causador da lesão patrimonial; e d) ausência dos excludentes da obrigação de indenizar.

A função da responsabilidade civil é a tutela dos interesses protegidos pela ordem jurídica, observada a equação pontiana: a) agente ----- causa o ato; b) ato ----- causa o dano; c) dano ----- causa o dever indenizatório do agente.

A responsabilidade civil das autarquias federais está insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que determina que as pessoas jurídicas de direito público respondam pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Repisa-se: responsabilidade objetiva, mas que não prescinde de que se comprove o nexo de causalidade entre a atividade da administração e o dano, sendo desnecessária a prova de culpa ou dolo dos agentes públicos.

Trata-se aqui da responsabilidade objetiva do Estado pela conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘o Estado tem o dever de praticar atos, em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isso, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa, dano a alguém’.

Como visto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, para que haja o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é necessário que os danos causados pelos seus agentes a particulares decorram de comissão.

No caso de o dano ter sido causado por omissão do Estado na prestação de um serviço, sua responsabilidade deriva de culpa subjetiva, nos termos do art. 186 do Código Civil. A teoria da responsabilidade subjetiva tem como pressupostos, além da omissão, nesse caso, a relação de causalidade, a existência de dano e o dolo ou a culpa do agente, elementos cujo ônus da prova cabe aos autores.

De outra parte, elide a responsabilidade da administração, seja objetiva, seja subjetiva, todavia, a culpa da vítima, fato cuja prova deve ser feita pelos réus, o caso fortuito ou a força maior – eventual dano causado em virtude de caso fortuito ou força maior, por exemplo, exclui a responsabilidade da administração, por inexistência do nexo causal entre o evento danoso e a atividade ou omissão do poder público.

O artigo 393 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu *caput*, prevê que: ‘O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado’.

No parágrafo único do mesmo artigo 393, está previsto que: ‘O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’.

Da mesma forma, é considerada excludente de responsabilidade a culpa de terceiro.

(...)

Dessa maneira, uma vez que o terceiro interfira e pratique o dano, e o poder público, embora presente, não concorra de qualquer forma para o evento danoso, fica, por isso, excluída sua responsabilidade.

Como se pode ver, até mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado se isenta de responder quando não existir o nexo de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano produzido, ou seja, se a situação de risco atribuída a ele inexistiu ou foi irrelevante ou sem relevo decisivo para a eclosão do dano.

(...)

Por todo o exposto, resta plenamente comprovada a excludente do nexos causal entre a conduta da autarquia, ditada por fato de terceiros, e o dano causado, não devendo a Fazenda Pública, ainda, responder por conduta que também não configura qualquer ilícito, não sendo exigível a obrigação de pagar quantia certa.

4. REQUERIMENTOS

Em razão do exposto, requer seja recebida a presente apelação para a reforma da sentença, extinguindo-se a execução por ilegitimidade passiva do INSS, por inexistir título executivo em desfavor da autarquia, ou para julgar procedentes os embargos à execução manejados pelo instituto, declarando-se não ser responsável pela devolução de valores recebidos por terceiro por força de antecipação de tutela.

Requer ainda a condenação da apelada no pagamento das custas e de honorários sucumbenciais.

Nesses termos,
Pede deferimento.”

Destacam-se, nas contrarrazões da apelada, os seguintes trechos:

“Inicialmente, cumpre frisar que se trata de apelação interposta em face da sentença que julgou improcedentes os embargos à execução propostos pelo INSS. Na origem, a autora ingressou com ação em face do ora apelante (executado) e desta exequente com o objetivo de ver majorada a cota-parte da pensão por morte que recebe de seu falecido marido, junto da exequente, ex-esposa do segurado, de forma proporcional à pensão alimentícia fixada em ação de alimentos (20%) quando da separação do casal.

A decisão singular julgou improcedente o pedido, sentença confirmada pelo e. TRF4. Com o trânsito em julgado, foi iniciada a presente execução para recebimento dos valores indevidamente reduzidos em virtude de decisão liminar posteriormente cassada.

Inconformado, o INSS opôs embargos à execução, julgados improcedentes pela decisão de evento 13.

Com a devida vênia ao entendimento divergente do INSS, não merece reforma a questão em debate, devendo ser mantida a decisão que determinou o prosseguimento da execução, como se demonstrará a seguir.

MÉRITO

A parte-autora recorre alegando, em síntese, que a sentença proferida pelo d. juízo de primeiro grau deve ser reformada, visto que i) o INSS é ilegítimo para figurar no polo passivo; ii) não há nexos causal entre a conduta da autarquia e o dano causado.

Ocorre, Excelência, que tais argumentos não merecem prosperar, visto que é dever da administração o pagamento das diferenças devidas em decorrência de antecipação de tutela posteriormente revogada.

Inicialmente, cumpre pontuar que é plenamente possível que o INSS desconte do benefício pago indevidamente a maior, forte no art. 115, II, da Lei 8.213/91.

(...)

A legitimidade passiva do INSS, assim, mostra-se patente, corroborada pelo fato de que o art. 302 do NCPC, em seu parágrafo único, dispõe que a indenização deverá ser liquidada nos mesmos autos em que a tutela tenha sido concedida, sempre que possível.

Ora, é justamente o caso em tela, uma vez que a autarquia possui os instrumentos legais e detém o dever-poder de cobrar, por consignação, os valores indevidamente pagos à parte-autora do processo principal.

Aliás, o INSS sequer absorverá prejuízo com a presente medida, já que consignará a devolução dos valores no benefício da autora da ação ordinária.

Desse modo, os argumentos trazidos pelo recorrente não devem prosperar, visto que estão em desacordo com a legislação e a jurisprudência pátrias.

PEDIDO

Por todo o exposto, pugna pelo total desprovemento do recurso do apelante, devendo ser mantida *in totum* a sentença de improcedência dos embargos à execução, nos termos da fundamentação, inclusive com a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais.”

Em 27.03.2020, os autos foram redistribuídos a este gabinete.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: Na fase de conhecimento, Lucilene Ventura Pompeo moveu ação previdenciária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e contra Tania Maria Pinto Pompeo.

Moveu-a porque, repartindo igualmente com Tania Maria Pinto Pompeo a pensão por morte paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (50% para cada copensionista), ela colimava reduzir para 20% (vinte por cento) a quota da antes referida copensionista e, por conseguinte, elevar sua própria quota para 80% (oitenta por cento).

A sentença julgou improcedente seu pedido.

O acórdão deste Tribunal que julgou sua apelação negou-lhe provimento.

O que se tem, de tal sorte, é o trânsito em julgado de uma sentença de improcedência, o que significa que não há coisa julgada formada em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Sucedede que, durante algum tempo, enquanto vigorou a antecipação de tutela recursal deferida pelo relator em sede de agravo de instrumento, foi implantada a majoração da quota da pensão por morte de que é titular Lucilene Ventura Pompeo.

Nesse período, como consequência, ocorreu a redução da quota-parte de Tania Maria Pinto Pompeo no mesmo benefício.

O aludido agravo de instrumento acabou sendo desprovido, majoritariamente.

Todavia, a apelada Tania Maria Pompeo, que foi prejudicada com essa medida (sua quota-parte na pensão por morte foi temporariamente reduzida de 50% para 20%), moveu, na vigência do CPC anterior, processo de execução de sentença contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Moveu-a com o objetivo de cobrar deste último as prestações que ela recebeu a menor, por força da antecipação de tutela recursal antes mencionada.

Sucedo que, nos autos do processo de conhecimento antes referido, em que Tania Maria Pompeo não litigou contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (e sim, ao lado dele, contra Lucilene Ventura Pompeo), não se formou título judicial em seu favor contra este último.

O título judicial que se formou, na realidade, apenas nega a pretensão da então autora, senhora Lucilene Ventura Pompeo.

Outrossim, o anterior Código de Processo Civil, sob cuja égide foi proposta a execução de sentença, assim dispunha:

“Art. 566. Podem promover a execução forçada:

I – o credor a quem a lei confere título executivo;

II – o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

Art. 567. Podem também promover a execução, ou nela prosseguir:

I – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

II – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos;

III – o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

Art. 568. São sujeitos passivos na execução:

(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)

I – o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)

(...)”

No presente caso, a exequente, ora embargada, não reveste, no título judicial no qual ela se secunda, a qualidade de credora do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, contra o qual ela sequer litigou.

Logo, não lhe assiste o direito de, valendo-se do referido título judicial, promover a execução de sentença em assunto.

Ademais, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS não é reconhecido, no referido título judicial, como devedor da exequente, ora embargada e apelada.

É verdade que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS deixou de pagar a Tania Maria Pompeo a diferença que, por força da antecipação da tutela recursal, pagou a maior à copensionista Lucilene Ventura Pompeo.

Isso, porém, não autoriza a ilação no sentido de que haveria título judicial definitivo, formado na fase de conhecimento, em favor da ora exequente, embargada e apelada e em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Essa questão precede, logicamente, qualquer juízo acerca da obrigação do titular de benefício previdenciário que recebe valores por força de antecipação de tutela posteriormente revogada de ressarcir-los.

É certo que Tania Maria Pompeo tem o direito de cobrar do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a diferença que lhe cabe, relativa à quota de sua pensão por morte que lhe foi paga a menor durante o período em que vigorou a decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal deferida em favor de Lucilene Ventura Pompeo.

No entanto, se essa diferença não lhe for paga na via administrativa, ela deverá ser cobrada por meio de ação própria movida por ela contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ao qual cabe tomar as medidas cabíveis para ressarcir-se do que pagou a maior a Lucilene Ventura Pompeo.

O que não se mostra possível é reconhecer, no presente caso, a existência de título judicial em favor de Tania Maria Pompeo e em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Impõe-se, portanto, a reforma da sentença, para que os embargos à execução de sentença sejam julgados procedentes.

Em face disso, condeno a apelada ao pagamento de honorários advocatícios, cujo montante arbitro em 10% (dez por cento) do valor da execução de sentença.

A exigibilidade desse encargo ficará suspensa, por ter sido reconhecido o direito da apelada à assistência judiciária gratuita.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

**INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (SEÇÃO)
Nº 5033888-90.2018.4.04.0000/RS**

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira
Relator para o acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Osni Cardoso Filho

Suscitante: 6ª Turma
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Incidente de assunção de competência. Art. 947, § 4º, do CPC. Penosidade. Atividade especial de cobrador e motorista de ônibus após 28 de abril de 1995. Relevante questão de direito. Conveniência de prevenção de divergência entre turmas do tribunal. Admissibilidade.

Conforme o art. 947, *caput*, do Código de Processo Civil, a admissibilidade de incidente de assunção de competência pressupõe a existência, no julgamento de recurso voluntário, de remessa necessária ou de processo de competência originária, de *questão de direito* que seja (1) relevante, (2) de grande repercussão social e que (3) não tenha repetição em múltiplos processos.

Do mesmo modo, tem cabimento incidente processual desta natureza, mesmo que não haja grande repercussão social da questão de direito submetida a órgão colegiado maior, se estiver configurada, a par da relevância da matéria, a *conveniência* de *prevenir* ou de *compor* divergência entre turmas do tribunal, nos termos do art. 947, § 4º, do Código de Processo Civil.

Questão relacionada à existência de penosidade e à sua consideração, para fim previdenciário, no cômputo diferenciado da atividade de cobrador ou motorista de ônibus após 28 de abril de 1995 possui repercussão profissional, mas não constitui questão de direito *de grande repercussão social*. Incidente de assunção de competência não admitido, se observado como fundamento o *caput* do art. 947 do Código de Processo Civil.

Comprovada, contudo, a incipiente instauração de divergência jurisprudencial entre as turmas do tribunal quanto à possibilidade, com base em prova da penosidade, de reconhecimento de atividade especial após 28 de abril de 1995 e, ainda, evidenciada a *conveniência* de sua preven-

ção, deve ser admitido o incidente de assunção de competência tendo por base o art. 947, § 4º, do Código de Processo Civil.

O incidente de assunção de competência limita seu objeto aos contornos da lide, no caso, pertinentes ao restrito exercício das profissões de cobrador e motorista de ônibus, mantida a similitude das condições de trabalho (mesmo espaço e condições físicas).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencidos parcialmente o relator, o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz e o Juiz Federal João Batista Lazzari, admitir o incidente de assunção de competência, nos termos do voto do Desembargador Federal Osni Cardoso Filho, conforme o relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de novembro de 2019.

Des. Federal *Osni Cardoso Filho*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira: Trata-se de incidente de assunção de competência (IAC) suscitado pela 6ª Turma em razão de divergência havida no julgamento da apelação cível interposta nos autos do processo nº 5003969-41.2010.4.04.7112, no tocante à possibilidade de reconhecimento do caráter especial em virtude da penosidade das atividades de motorista de ônibus ou de caminhão exercidas posteriormente à extinção da previsão legal de enquadramento por categoria profissional pela Lei 9.032/1995.

Na origem, cuida-se de pedido de transformação de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de períodos especiais, julgado parcialmente procedente pelo juízo da Primeira Vara Federal de Canoas (evento 53).

Com recursos de ambas as partes, bem como por força da remessa necessária, vieram os autos a este Tribunal. Em sessão de julgamento ocorrida em 06.05.2015, esta Sexta Turma, por unanimidade (evento

7 da tramitação em segundo grau), decidiu dar provimento ao agravo retido interposto pela parte-autora, anulando a sentença e determinando a reabertura da instrução processual para a realização de perícia judicial relativa aos períodos de 20.06.1973 a 07.03.1979, 05.09.1979 a 24.08.1987, 14.10.1988 a 28.09.1998, 11.03.1999 a 29.03.2004, nos quais o autor exerceu as atividades de cobrador e motorista de ônibus, a fim de que fosse averiguado se esteve submetido a agentes insalubres, perigosos ou penosos no exercício de suas funções.

Realizada a diligência, sobreveio nova sentença (evento 155) julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, concedendo à parte-autora o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento da especialidade dos intervalos de 20.06.1973 a 07.03.1979, 05.09.1979 a 24.08.1987 e 19.11.2003 a 29.03.2004, admitidos em razão da exposição do segurado ao agente agressivo ruído. A possibilidade de reconhecimento da penosidade na função de motorista, requerida pela parte-autora, não foi analisada pelo magistrado singular, que refutou o pedido de complementação do laudo pericial (evento 125) com a seguinte fundamentação (evento 128):

“Reputo juridicamente impertinentes os quesitos relacionados à alegada penosidade (...). A perícia judicial objetiva a comprovação de exposição a agentes agressivos, em nível que extrapole os patamares que circundam a normalidade. Nesse ínterim, cargas psicológicas perturbadoras, desconfortos, alterações dos ritmos biológicos, exigências de esforços físicos, psicológicos, sociais ou espirituais são inerentes ao exercício de qualquer profissão. Não se verifica excepcionalidade que determine a categorização como atividade a exigir contagem temporal diferenciada. Tal assertiva pode ser empiricamente demonstrada, sem limitação exemplificativa.”

Com interposição de novos recursos de apelação, retornaram os autos a esta Corte. O INSS (evento 159) insurgiu-se unicamente contra a não aplicação dos critérios previstos pela Lei nº 11.960/2009 no tocante aos consectários legais dos débitos da Fazenda Pública no período anterior à inscrição do crédito em precatório.

A parte-autora, por sua vez, requereu a anulação da nova sentença, com retorno dos autos à origem para que fosse determinada a complementação do laudo, com a avaliação, pelo perito, sobre se existiu a circunstância da penosidade no desempenho de suas atividades. Pela eventualidade da manutenção da sentença, postulou a conversão dos períodos comuns laborados até 28.04.1995 – data do início da vigência

da Lei 9.032/1995 – em tempo especial, e a concessão de aposentadoria especial, com efeitos financeiros contados desde a DER, fixada em 01.05.2003. Subsidiariamente, requereu a reafirmação da DER.

Na sessão de julgamento desta Sexta Turma realizada em 18.04.2018 (evento 26), a Juíza Federal Taís Schilling Ferraz entendeu não ser adequado determinar-se a realização de perícia técnica para a aferição da existência, ou não, de penosidade nas atividades de motorista de ônibus ou de caminhão, por ausência de critérios objetivos que possam embasar a análise dos peritos, o que poderia dar ensejo à indesejável situação de que uma mesma circunstância fosse apreciada de forma diferente, a depender da opinião pessoal do profissional que elabora o laudo.

Considerando que até o presente momento o legislador ainda não trouxe os elementos necessários à concretização da previsão constitucional da penosidade, Sua Excelência sugeriu que esta Corte, em situação análoga à dos mandados de injunção aos quais é dado perfil normativo-concretizador, realizasse a retomada daquele critério objetivo de reconhecimento da penosidade que já existiu no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o resgate da possibilidade de enquadramento pela categoria profissional, exclusivamente nos casos de penosidade.

Explicando minha anterior mudança de entendimento em relação ao tema, em decorrência das alterações na composição desta Sexta Turma, bem como a mais recente retomada de minha compreensão anterior, no sentido de que a penosidade efetivamente existe e de que as dificuldades na delimitação de seus contornos não nos autorizam a afastar de plano um possível direito dos segurados, propus a afetação da matéria à Terceira Seção, por meio do presente incidente, o que foi acolhido por unanimidade pela Turma.

O procurador do MPF manifestou-se no sentido da necessidade de esta Corte fornecer parâmetros objetivos para os peritos, salientando que os períodos que serão objeto de apreciação não serão atuais, e sim relativos às décadas passadas, época em que os veículos ofereciam condições desgastantes, muito mais próximas à ideia que se tem de penosidade. Com essas considerações, sugeriu o MPF que o parâmetro a ser formulado por esta Corte envolva a análise do veículo conduzido pelo trabalhador e o itinerário em que atuava.

É o breve relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Pinto Silveira:

I – Da admissibilidade do incidente

Com o advento do novo Código de Processo Civil, a necessidade de uniformização da jurisprudência tornou-se impositiva. Não é à toa que há um dever de manutenção da estabilidade, da coerência e da integridade dos pronunciamentos judiciais (art. 926, CPC/2015). No âmbito dos tribunais, a aplicação de determinados dispositivos pode, de fato, representar uma indevida ruptura dessa uniformidade, já que a distribuição da competência da Corte permite que alguns temas sejam tratados sob enfoques distintos à luz de cada especialidade. Além disso, as recentes alterações na composição de praticamente todas as turmas têm possibilitado a reabertura de debates já superados.

O incidente de assunção de competência (IAC) insere-se nessa nova realidade de uniformização e vinculação das decisões judiciais, tal como ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos excepcionais repetitivos. Vale adiantar, porém, que, enquanto o IRDR se destina à uniformização da resposta dada às causas repetitivas, o incidente de assunção de competência tem a finalidade de encaminhar para órgão colegiado questão de direito sem repetição em múltiplos processos, mas que conte com grande repercussão social (art. 947, CPC/2015). O incidente também pode ser manejado para dissipar as divergências entre câmaras ou turmas do tribunal, quando se tratar de relevante questão de direito (art. 947, § 4º, CPC/2015).

Há, pois, inegável afinidade entre ambos, já que tanto o IRDR como o IAC buscam “orientar os membros do tribunal e os juízes a ele submetidos mediante a formação de precedente ou de jurisprudência vinculante” (MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 889).

Confira-se, para que não haja divergência interpretativa, a literalidade das disposições legais aplicáveis:

“Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

Apesar de não desconsiderar a polêmica, a doutrina recente identifica *quatro requisitos* para a admissibilidade do incidente que ora é apreciado: (a) causa pendente no tribunal; (b) relevante questão de direito com grande repercussão social; (c) ausência de repetição em múltiplos processos (art. 947, *caput*, CPC/2015); (d) interesse público no julgamento (art. 947, § 2º, CPC/2015). Cumpre, então, identificar a presença desses requisitos.

Há causa pendente no Tribunal, já que as apelações interpostas nos autos do processo nº 5003969-41.2010.4.04.7112 ainda não foram definitivamente julgadas. É o caso que se aprecia, inclusive.

Verifica-se, igualmente, a ausência de repetição em múltiplos processos. De fato, trata-se de questão não usual no Tribunal, bastando uma pesquisa na jurisprudência das turmas de Direito Previdenciário para confirmar a baixa frequência com que é julgada a matéria da penosidade.

Além disso, há relevante questão de direito com grande repercussão social e interesse público no julgamento. Entendo que se trata de questão relevante, pois o critério jurídico a ser definido tem o condão de conferir tratamento isonômico a inúmeras situações jurídicas idênticas. Também há interesse público no julgamento, já que, conforme bem levantado pela Juíza Federal Taís Schilling Ferraz, a questão ainda não está pacificada nesta Corte, uma vez que a Sexta Turma recentemente passou a inadmitir a possibilidade de reconhecimento da penosidade, mas a Quinta Turma ainda a admite. E a mesma oscilação verifica-se nas turmas suplementares dos Estados do Paraná e de Santa Catarina. Nesse mesmo sentido, a doutrina aponta que há interesse público “para prevenir divergência entre turmas ou câmaras do tribunal” (NERY JÚ-

NIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.876).

Concluo, portanto, que estão presentes todos os requisitos para a admissibilidade do incidente de assunção de competência no caso em apreço, de modo a uniformizar a interpretação da Seção sobre a *possibilidade de se admitir o caráter especial das atividades de motorista de ônibus ou de caminhão em virtude da penosidade, nos intervalos laborados após a extinção da possibilidade de enquadramento por categoria profissional pela Lei 9.032/1995*.

Superada a admissibilidade, passo ao enfrentamento do mérito.

2 – Da penosidade

O benefício de aposentadoria especial foi previsto pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico em 1960, na Lei Orgânica da Previdência Social, a Lei nº 3.087/60, que instituiu o núcleo dos requisitos que são até hoje exigidos para a concessão dessa modalidade qualificada de aposentadoria: a prestação de uma quantidade variável (15, 20 ou 25 anos) de serviços exercidos em atividades insalubres, perigosas ou penosas.

Antes de adentrar na análise da penosidade propriamente dita, creio ser válido estabelecer uma noção conceitual de cada uma das circunstâncias autorizadas do reconhecimento de tempo especial, e começo pela insalubridade, pois é a partir da contraposição ao seu conceito que se torna mais acessível a delimitação do conceito das outras duas, até mesmo porque, quanto a essas, a legislação fora bem parcimoniosa: o conceito da periculosidade foi fornecido de forma exemplificativa, e o da penosidade sequer foi estabelecido pela legislação.

Dessa maneira, reporto-me ao conceito de insalubridade fornecido pela CLT: atividades ou operações que, “por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos” (art. 189, na redação dada pela Lei 6.514/1977).

Quanto à periculosidade, o art. 193 da CLT traz a ideia do acentuado risco a que se submete o trabalhador na prestação de determinadas

atividades (atualmente a CLT contempla a periculosidade em virtude da exposição do trabalhador a cinco fatores: explosivos, inflamáveis, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial e condução de motocicletas; já a Norma Regulamentadora 16, que regulamenta a periculosidade, tem seis anexos, contemplando, além das situações previstas na CLT, a periculosidade por radiações ionizantes e substâncias radioativas, adotada pela Portaria MTE 518/2003). Assim, é de se notar o traço diferenciador entre essas duas circunstâncias: a insalubridade implica prejuízo concreto à saúde do trabalhador, ou seja, a insalubridade representa o dano realizado, ainda que pequeno, mas concreto e muitas vezes cumulativo, ao passo que na periculosidade a atividade é considerada especial em virtude do mero risco de ocorrência de algum evento danoso, ou seja, a proteção é em função do dano potencial, sendo desnecessária a realização desse dano para a caracterização da nocividade, até mesmo porque, analisando-se as situações elencadas pela legislação como perigosas, é de se supor que dificilmente a ocorrência do evento danoso deixaria de ser fatal para o trabalhador, de modo que a exigência da concretização desse sinistro representaria um esvaziamento por completo da norma protetiva.

Por fim, a obtenção do conceito de penosidade é uma tarefa bastante difícil de ser realizada, uma vez que, embora essa circunstância já tenha sido prevista na superada legislação previdenciária, bem como tenha previsão no próprio texto constitucional atualmente vigente, que garante aos trabalhadores o pagamento do adicional correspondente na seara trabalhista (art. 7º, XXIII, CF/1988), até o presente momento não houve a sua regulamentação.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversos projetos de lei já intentaram regulamentar o adicional de penosidade, fornecendo seu conceito e determinando a elaboração, pelo Ministério do Trabalho, da lista das atividades correspondentes. Embora nenhum projeto tenha sido promulgado até o presente momento, é ilustrativa a análise dos conceitos que têm sido aventados pelo legislador.

O Projeto de Lei nº 1.015/1988 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16143>) propôs a seguinte conceituação:

“Art. 1º Serão consideradas atividades penosas aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exijam dos empregados esforço e condicionamento físicos, concentração excessiva, atenção permanente, isolamento e imutabilidade da tarefa desempenhada em níveis acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza da intensidade do trabalho a que estão submetidos.”

O Projeto de Lei nº 1.808/1989 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=196429>), por sua vez, tinha a seguinte redação:

“Art. 1º Atividade penosa é aquela que, em razão de sua natureza ou da intensidade com que é exercida, exige do empregado esforço fatigante, capaz de diminuir-lhe significativamente a resistência física ou a produção intelectual.”

Já o Projeto de Lei nº 2.168/1989 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=200525>):

“Art. 1º Os trabalhadores urbanos e rurais têm direito ao adicional de remuneração, por atividades penosas, insalubres ou perigosas, pago pelos patrões, junto com os salários.

Art. 2º Para os efeitos desta lei, as atividades consideram-se:

I – penosas, quando demandem esforço físico estafante ou superior ao normal, exijam uma atenção contínua e permanente ou resultem em desgaste mental ou *stress*.”

Mais recentemente, o Projeto de Lei nº 7.663/2006 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483808>) propôs a inclusão do seguinte dispositivo na CLT:

“Art. 196-A. Considera-se penoso o trabalho exercido em condições que exijam do trabalhador esforço físico, mental ou emocional superior ao despendido normalmente, nas mesmas circunstâncias, ou que, pela postura ou atitude exigida para seu desempenho, sejam prejudiciais à saúde física, mental e emocional do trabalhador, desde que não estejam previstas como insalubres ou perigosas.”

Por fim, o Projeto de Lei nº 4.243/2008 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=414728>):

“Art. 196-A. Considera-se penoso o trabalho exercido em condições que exijam do trabalhador esforço físico, mental ou emocional superior ao despendido normalmente, nas mesmas circunstâncias, ou que, pela postura ou atitude exigida para seu desempenho, sejam prejudiciais à saúde física, mental e emocional do trabalhador.”

Embora tais documentos não possuam eficácia normativa por não terem sido convertidos em lei, prestam-se a auxiliar na delimitação do conceito de trabalho penoso, cujo reconhecimento é garantido por previsão constitucional.

Para essa tarefa, socorro-me, ainda, do conceito formulado por Wladimir Novaes Martinez, que entende como penosa a

“atividade produtora de desgaste no organismo, de ordem física ou psicológica, em razão de repetição de movimentos, condições agravantes, pressões e tensões próximas do indivíduo. Dirigir veículo coletivo ou de transporte pesado, habitual e permanentemente, em logradouros com tráfego intenso é exemplo de desconforto causador de penosidade.” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 31)

Trago, ainda, o conceito bastante exemplificativo formulado por Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 975):

“Penoso é o trabalho acerbo, árduo, amargo, difícil, molesto, trabalhoso, incômodo, laborioso, doloroso, rude (...). Penosas são, entre outras, as atividades de ajuste e reajuste de aparelhos de alta precisão (microscópios, rádios, relógios, televisores, computadores, vídeos, fornos de micro-ondas, refrigeradores), pinturas artesanais de tecidos e vasos, em indústrias, bordados microscópicos, restauração de quadros, de esculturas danificadas pelo tempo, por pessoas ou pelo meio ambiente, lapidação, tipografia fina, gravações, revisão de jornais, revistas, tecidos, impressos. Todo esse tipo de atividade não é perigosa, nem insalubre, mas penosa, exigindo atenção e vigilância acima do comum.”

Já Sebastião Geraldo de Oliveira (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010. p. 176), citando a obra de Leny Sato, docente em psicologia da USP e estudiosa da saúde do trabalhador, arrola as atividades consideradas penosas pela pesquisadora, salientando que o traço em comum entre elas é o fato de exigirem excessivo esforço físico e/ou mental, provocarem incômodo, sofrimento ou desgaste da saúde:

“– esforço físico intenso no levantamento, no transporte, na movimentação, na carga e na descarga de objetos, materiais, produtos e peças;

– posturas incômodas, viciosas e fatigantes;

– esforços repetitivos;

– alternância de horários de sono e vigília ou de alimentação;

– utilização de equipamentos de proteção individual que impeçam o pleno exercício de funções fisiológicas, como tato, audição, respiração, visão, atenção, que leve à sobrecarga física e mental;

– excessiva atenção ou concentração;

– contato com o público que acarrete desgaste psíquico;

– atendimento direto de pessoas em atividades de primeiros socorros, tratamento e reabilitação que acarretem desgaste psíquico;

– trabalho direto com pessoas em atividades de atenção, desenvolvimento e educação que acarretem desgaste psíquico e físico;

– confinamento ou isolamento;

- contato direto com substâncias, objetos ou situações repugnantes e cadáveres humanos e animais;
- trabalho direto na captura e no sacrifício de animais.”

Pelo que foi até aqui exposto, é possível delimitar-se o conceito de penosidade como o desgaste à saúde do trabalhador ocorrido na prestação da atividade profissional, em virtude da necessidade de dispêndio de esforço excessivo, da necessidade de concentração permanente e contínua e/ou da necessidade de manutenção constante de postura.

É necessário esclarecer que não desconheço a existência de entendimentos a respeito da penosidade de caráter sociopsicológico, que a associam ao sofrimento psíquico do trabalhador gerado em virtude de constrangimentos decorrentes das necessidades e das dinâmicas do trabalho. Tal aspecto não será abordado na presente análise, uma vez que, inevitavelmente, acabaria por fazê-la desbordar do propósito que levou a Sexta Turma a suscitar o presente incidente: a delimitação de critérios objetivos de verificação da incidência, ou não, da penosidade na atividade laboral. Embora considere que esse tipo de sofrimento, mental, não deva jamais ser desprezado, sendo necessário ao Estado e à sociedade garantir mecanismos para a proteção integral da saúde do trabalhador, não me parece que tais circunstâncias sejam aptas ao reconhecimento de tempo de serviço qualificado, até mesmo para evitar-se a incursão na chamada *monetização da saúde*, quando o caminho mais adequado seria o da prevenção desses processos nocivos, os quais não são indissociáveis de nenhuma prática profissional. Ademais, eventualmente desencadeada alguma moléstia de natureza psíquica, tal fato configura um risco social já abrangido pela proteção previdenciária social, mediante a concessão de benefício por incapacidade.

Delimitada a noção de penosidade, passo a abordar a maneira pela qual essa circunstância foi estabelecida em nosso ordenamento positivo. Em todo o arcabouço da legislação previdenciária, a penosidade foi regulamentada somente pelo Anexo IV do Decreto 53.831/1964, e apenas de modo descritivo. Tal regulamento cuidou de classificar tanto os agentes nocivos ali elencados como as atividades profissionais presumidamente nocivas (enquadramento por categoria profissional) como insalubres, perigosos e/ou penosos. Essa classificação não foi repetida

pelos demais decretos que se sucederam na regulamentação da atividade especial.

Assim, quanto a agentes nocivos, o decreto de 1964 considerou penosa a exposição a *poeiras minerais nas atividades de mineiros de subsolo*, tanto nas frentes de trabalho (corte, furação, desmonte e carregamento) quanto afastados das frentes de trabalho (galerias, rampas, poços, depósitos). Já as categorias profissionais consideradas especiais por penosidade pelo decreto de 1964 são as seguintes: *professores, motorneiros e condutores de bondes, motoristas e cobradores de ônibus, motoristas e ajudantes de caminhão*.

A possibilidade de caracterização da penosidade nos casos acima mencionados é pacífica na jurisprudência quanto aos períodos laborados durante a vigência do Decreto nº 53.831/1964. Apenas deve ser salientado que, embora a vigência desse diploma legal se encerre em 05.03.1997, com a publicação do Decreto nº 2.172/1997, nos casos em que o reconhecimento se dá pelo enquadramento por categoria profissional (caso que é o dos motoristas), tal hipótese fica restrita apenas aos períodos anteriores a 29.04.1995, diante da extinção dessa possibilidade pela Lei nº 9.032/95.

Desse modo, evidencia-se que o ponto tormentoso em relação à matéria é a possibilidade de caracterização das atividades exercidas em situações anteriormente consideradas penosas, mas prestadas após a vigência da Lei nº 9.032/95, em que, à primeira vista, parece não haver amparo legal ao reconhecimento da atividade especial em função da penosidade.

É importante mencionar que a tríade caracterizadora da atividade especial – insalubridade, periculosidade e penosidade – foi mantida na legislação previdenciária de forma expressa somente até a superveniência da atual Lei de Benefícios, a Lei 8.213/1991, que, em seu lugar, instituiu a exigência de sujeição a “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador”. Para parte da doutrina, a omissão dos requisitos da periculosidade e da penosidade do texto da Lei de Benefícios foi bastante eloquente. Autores como Andre Studart Leitão (LEITÃO, Andre Studart. *Aposentadoria especial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 90) e Frederico Amado (AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 10.

ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2018. p. 707) consideram que o novo sistema previdenciário instituído pela Lei 8.213/1991 passou a considerar como caracterizadora do trabalho especial apenas a insalubridade, com nítido objetivo de abandonar a periculosidade e a penosidade como circunstâncias ensejadoras desse reconhecimento. Salientam que apenas os agentes insalubres poderiam causar danos à saúde do trabalhador, uma vez que a periculosidade é mero risco, que, caso não realizado, não ocasiona qualquer dano. Da mesma forma, a penosidade, cujo conceito, embora variável, normalmente é identificado como mero desgaste, que se recompõe após o repouso, igualmente não teria o condão de causar danos à saúde do trabalhador.

Desprezando-se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a redação da Lei nº 8.213/1991 parece confirmar a interpretação descrita acima ao estipular que “o segurado deverá comprovar (...) exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física” (art. 57, § 4º). Ou seja, apenas foram previstos como fatores ensejadores do reconhecimento da atividade especial os agentes nocivos tradicionalmente caracterizadores da insalubridade.

Todavia, essa não é a posição adotada pela maior parte da doutrina, tampouco da jurisprudência. Com efeito, a maioria dos previdenciaristas entende que o requisito atualmente estabelecido pela Lei de Benefícios, “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, não exclui a possibilidade de inclusão de atividades exercidas em situação de periculosidade e penosidade. Assim, a lição de José Antonio Savaris (SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016. p. 685):

“Em nosso ver, a única maneira de perceber o Decreto 2.172/97 conforme a Constituição da República é entendê-lo como norma geral (*numerus apertus*) que não impede o reconhecimento judicial de atividades especiais, assim reconhecidas porque comprovadamente ofensivas à saúde ou à integridade física do segurado, não sendo importante se essas condições especiais decorrem da insalubridade, da penosidade ou da periculosidade da atividade. (...) Em conclusão, se a técnica demonstrar que a atividade do segurado é exercida ‘sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física’ (referencial constitucional reafirmado pela Lei de Benefícios da Previdência Social), o reconhecimento da natureza especial da atividade é devido, mesmo que os agentes nocivos não estejam previstos no atual Anexo IV do Decreto 3.048/99, mesmo que o risco à integridade física se dê pela via da periculosidade ou da penosidade.”

No mesmo sentido, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 735):

“É desde a edição do Decreto nº 2.172, de 06.03.1997, que o INSS não considera mais como atividades especiais aquelas atividades perigosas e penosas, mas somente as insalubres. Entendemos que essa restrição não contém base legal, pois o conceito de prejuízo à saúde e à integridade física (art. 201, § 1º, da CF) engloba todos os tipos de atividades que possam causar dano ao trabalhador.”

Essa posição acabou sendo sancionada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.306.113/SC, admitido como recurso repetitivo representativo de controvérsia sob o Tema nº 534 (rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14.11.2012, DJe 07.03.2013), em que foi firmada a seguinte tese jurídica:

“(…) as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudicial ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991).”

Embora a questão submetida a julgamento fosse a possibilidade de configuração da especialidade do trabalho exposto ao agente perigoso eletricidade, exercido após a vigência do Decreto 2.172/1997, para fins de concessão de aposentadoria especial, a tese fixada ultrapassa os limites do agente eletricidade e da própria periculosidade, permitindo o reconhecimento da especialidade do labor prestado sob exposição a outros fatores de periculosidade, sob exposição a penosidade e até mesmo a agentes insalubres não previstos em regulamento, desde que com embasamento “na técnica médica ou na legislação correlata”.

A referência à legislação correlata pelo STJ, a meu ver, corresponde principalmente às normas regulamentadoras do MTE relativas ao reconhecimento das circunstâncias nocivas para fins de pagamento dos adicionais ao trabalhador. De larga aplicabilidade para fins previdenciários na caracterização de circunstâncias de insalubridade e periculosidade, tais normativas, contudo, ainda não regulamentaram o adicional de penosidade.

Desse modo, a via de reconhecimento do caráter penoso de uma atividade parece depender exclusivamente da prova pericial. E é nesse sentido a disposição da Súmula 198 do extinto TFR, que, fazendo re-

ferência expressa à penosidade, permite a caracterização da atividade especial em virtude de fatores não previstos em regulamento, desde que constatada por perícia judicial: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento”.

Concluindo, então, que deve ser ensejada a produção da prova para o reconhecimento da especialidade por exposição do trabalhador à penosidade (da mesma maneira que é admitida nesta Corte a periculosidade, mesmo após a extinção do enquadramento por categoria profissional), cabe-nos procurar identificar as bases objetivas em que tal reconhecimento deve repousar.

3 – Dos critérios de reconhecimento da penosidade

Restringindo-me à atividade de motorista de ônibus ou de caminhão, que foi a delimitação estabelecida pela Sexta Turma na proposição do presente incidente, e tendo como parâmetro a conceituação anteriormente exposta, em que se associa a penosidade à necessidade de realização de esforço fatigante, à necessidade de concentração permanente e/ou à necessidade de manutenção de postura prejudicial à saúde, submeto à apreciação da Seção os seguintes parâmetros a serem observados pelos peritos judiciais na aferição da existência de eventual penosidade na prestação dessa atividade.

1. Análise do(s) veículo(s) efetivamente conduzido(s) pelo trabalhador. O perito deverá diligenciar na(s) empresa(s) empregadora(s) para descobrir a marca, o modelo e o ano de fabricação do(s) veículo(s) conduzido(s) e, de posse dessas informações, poderá analisar se existia ou não penosidade na atividade em razão da necessidade de realização de esforço fatigante, como, por exemplo, na condução do volante, na realização da troca das marchas ou em outro procedimento objetivamente verificável. No caso dos motoristas de ônibus, deverá ser averiguado se a posição do motor ficava junto da direção, ocasionando desconfortos ao trabalhador, como, por exemplo, vibrações, ruído e calor constantes (ainda que inferiores aos patamares exigidos para reconhecimento da insalubridade da atividade, mas elevados o suficiente para qualificar a atividade como penosa em virtude da constância da exposição) ou outro

fator objetivamente verificável. No caso dos motoristas de caminhão, deverá ser averiguado se a natureza do veículo era capaz de produzir esses mesmos desconfortos na cabine de direção, como, por exemplo, nos caminhões frigoríficos.

2. *Análise dos trajetos.* O profissional deverá identificar, para o caso dos motoristas de ônibus, qual(is) a(s) linha(s) percorrida(s) pelo trabalhador e analisar se existia, nesse transcurso, penosidade em razão de o trajeto incluir localidades consideradas de risco em razão da alta incidência de assaltos ou outras formas de violência, ou ainda em razão de o trajeto incluir áreas de difícil acesso e/ou trânsito em razão de más condições de trafegabilidade, como, por exemplo, a ausência de pavimentação. No caso dos motoristas de caminhão, deverá o perito diligenciar na(s) empresa(s) para descobrir se havia regularidade na realização de um ou mais itinerários, caso em que deverá analisar se, nesse(s) trajeto(s), havia penosidade em razão dos mesmos motivos acima elencados: área de alto risco de assaltos ou em más condições de trafegabilidade.

3. *Análise das cargas.* Para o caso de motoristas de caminhão, o profissional deverá avaliar, ainda, se a carga regularmente transportada expunha o trabalhador à penosidade em razão de possuir elevado valor (como, por exemplo, aparelhos eletrônicos), ensejando o risco de assaltos, ou ainda se, em razão da alta perecibilidade (como, por exemplo, animais vivos, gêneros vegetais frescos), exigia do trabalhador o cumprimento de prazos exíguos de entrega, impossibilitando a realização de pausas para repouso e alimentação.

4. *Análise das jornadas.* No caso dos motoristas de ônibus, deverá o profissional aferir na empresa se, dentro da jornada laboral habitualmente desempenhada pelo trabalhador, era-lhe permitido ausentar-se do veículo quando necessário à satisfação de suas necessidades fisiológicas. No caso dos motoristas de caminhão, deverá analisar se havia penosidade em razão da elevada distância entre os locais de carga e descarga, a ponto de expor o trabalhador a jornadas exaustivas, dificultando ou impedindo a realização de pausas para descanso, alimentação e higiene, ou até mesmo levando-o à privação do sono.

Realizando o perito judicial a análise das atividades efetivamente desempenhadas pelo trabalhador com base nos critérios objetivos aci-

ma descritos, e detectando a existência, de forma habitual e permanente, de qualquer das circunstâncias elencadas, ou outra que, embora não aventada no presente julgamento, seja passível de expor o trabalhador a desgaste considerado penoso, e desde que seja demonstrável mediante critérios objetivos, considero ser possível o reconhecimento da especialidade da atividade de motorista de ônibus ou de caminhão, independentemente da época em que prestada.

4 – *Da necessidade de realização de prova pericial*

Por fim, reputo necessário salientar que os órgãos judiciais deverão garantir o direito dos segurados à produção da prova da alegada penosidade, uma vez que, tratando-se de circunstância que carece de regulamentação legislativa (embora possua previsão constitucional), dificilmente os trabalhadores poderão utilizar-se dos meios habituais de comprovação de atividade especial (perfil profissiográfico previdenciário e laudo técnico das condições ambientais do trabalho), já que essa circunstância sequer é cogitada pelos empregadores. Ademais, a tese encaminhada a esta Corte vincula o reconhecimento da penosidade à identificação dessa circunstância pelo perito judicial, constituindo, então, a perícia o único meio de prova à disposição do segurado.

Pretender estender a proteção da saúde do trabalhador, dando concretude ao próprio objetivo do constituinte, que alçou a penosidade à mesma categoria da insalubridade e da periculosidade, sem dar aos segurados os meios necessários de exercer o direito que lhes é reconhecido resultaria em uma medida totalmente inócua e dissociada da natureza de direito fundamental do Direito Previdenciário. Assim, encaminho também a orientação de que esta Seção deve garantir aos segurados a possibilidade de realização da prova pericial quando alegada a existência de penosidade no exercício de sua atividade profissional, constituindo cerceamento de defesa o indeferimento da diligência.

5 – *Conclusão*

Com base nas razões acima dispensadas, encaminho à apreciação da Seção a conclusão de que *deve ser admitida a possibilidade de reconhecimento do caráter especial das atividades de motorista de ônibus ou de caminhão em virtude da penosidade, ainda que a atividade tenha*

sido prestada após a extinção da previsão legal de enquadramento por categoria profissional pela Lei 9.032/1995, desde que tal circunstância seja comprovada por meio de perícia judicial individualizada, possuindo o interessado direito de produzir tal prova.

6 – Análise do caso concreto

Nos termos do art. 947, § 2º, do CPC/2015, cabe ao órgão colegiado julgar também o recurso que dá origem à assunção de competência admitida. Avanço, desse modo, ao exame das apelações, salientando não ser caso de remessa necessária da sentença.

Começo pela alegação de cerceamento de defesa, e, sem maiores digressões, considerando tudo o que já foi exposto, reputo caracterizado o cerceamento do direito de defesa da parte-autora em razão do indeferimento da complementação do laudo pericial para a análise da existência, ou não, de penosidade nos períodos postulados.

Impõe-se, assim, que seja dado provimento à preliminar da parte-autora para anular a sentença e determinar o retorno do feito ao juízo de origem, para que se proceda à reabertura da instrução processual.

Mantendo a rejeição dos quesitos complementares oferecidos pelo autor, considerados juridicamente impertinentes pelo juízo singular, determino que o perito judicial realize a complementação do laudo, efetuando a análise dos períodos controvertidos à luz dos critérios acima expostos (item 3 do presente voto) para determinar se havia, ou não, insalubridade nas atividades de motorista exercidas pelo segurado.

Realizada a diligência, deve ser proferido novo julgamento em substituição da sentença anulada.

Julgando o caso concreto, *voto por dar provimento à preliminar de apelação da parte-autora para anular a sentença e determinar a reabertura da instrução processual, prejudicado o exame do mérito recursal.*

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Osni Cardoso Filho: O requerimento de vista do processo foi, exclusivamente, destinado para apreciar a questão da *admissibilidade* do incidente de assunção de competência.

O incidente foi suscitado nos autos da Apelação Cível nº 500396941.2010.4.04.7112, em que o autor da ação, Helcio Antonio

Solka, procura obter o reconhecimento de tempo de serviço em atividades sujeitas à contagem especial e, por consequência, a concessão de aposentadoria especial ou por tempo de serviço.

Segundo os dizeres da petição inicial, o autor procura comprovar o tempo de serviço em atividades especiais nos seguintes períodos: (a) 20.06.1973 a 07.03.1979, na empresa Ferramentaria Solka, como aprendiz e auxiliar de ajustador; (b) 05.09.1979 a 24.08.1987, na empresa Viação Canoense, como cobrador de ônibus; (c) 14.10.1988 a 28.09.1998, na empresa Viação Navegantes, como cobrador de ônibus; e (d) 11.03.1999 a 29.03.2004, na empresa Sogal – Sociedade de Ônibus Gaúcha, como motorista de ônibus.

Para as duas últimas atividades, o autor apresentou, respectivamente, PPP e laudo técnico, e DSS 8.030 e laudo técnico.

Relativamente a ambas, requereu a avaliação da penosidade, e quanto a este aspecto particular é que veio proposta à 3ª Seção a instauração do incidente, não obstante todas as demais provas documentais apresentadas no processo.

O contexto em que foi suscitado o incidente de assunção de competência na 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região pode ser compreendido por meio dos registros de vídeo da sessão de julgamento (evento 27 dos autos). Em síntese, o autor recorreu, preliminarmente, para requerer a baixa dos autos com o fim de ser complementada a prova pericial para a apuração da *penosidade* e, na falta de critérios objetivos para a determinação de sua produção, acabou a turma por encaminhar os autos a este colegiado, para que este os estabeleça, de maneira uniforme, também para todos os demais processos em que a prova pericial for necessária.

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu para o incidente de assunção de competência (IAC) apenas um dispositivo, com a seguinte redação:

“Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

São requisitos, portanto, para a instauração de incidente de assunção de competência, nos termos do *caput* do art. 947 do Código de Processo Civil: a existência, no julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, de *questão de direito* que seja (1) *relevante*, (2) *de grande repercussão social* e que (3) *não tenha repetição em múltiplos processos* (art. 947, *caput*, do Código de Processo Civil).

(1) *Relevante questão de direito* também pode conduzir à admissibilidade do incidente de assunção de competência quando se destinar (2) *a prevenir ou compor a divergência entre câmaras ou turmas do tribunal* (art. 947, § 4º, do Código de Processo Civil).

Neste último caso, a admissibilidade do incidente parece estar associada ao fato de, antecipadamente, evitar, diante de uma mesma questão relevante, o surgimento de decisões decorrentes de turmas do tribunal com compreensão diferente sobre a mesma matéria.

A relevante questão de direito, que aparece mencionada no início (*caput*) do dispositivo, portanto, somente aconselha o exame de sua qualificação (de grande repercussão social), acompanhada da ausência de repetição em múltiplos processos, *quando é possível reconhecer desde logo que a decisão será muito importante para a sociedade*.

Sob o enfoque do art. 947, *caput*, do CPC, não é admissível a afetação, sem que a questão de direito já não seja embrionária de consequências significativas no cerne social. Em resumo, não pode ser qualificada como relevante, neste particular, a questão de direito que desde logo não possa ter repercussão social.

Pode, contudo, certa matéria ser afetada a órgão do mesmo tribunal, no caso, aqui, à 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sem que haja desde logo repercussão social da questão relevante de direito. É o que acontece quando o fundamento da afetação se destina unicamente a eliminar divergência *existente* ou *previsivelmente existente* entre turmas.

Em outras palavras, determinada questão de direito pode se sujeitar à deliberação da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sem possuir grande repercussão social, bastando que seja *relevante* a ponto de *prevenir* ou de *compor* divergência entre turmas.

Com fundamento no *caput*, mas não no parágrafo quarto, do art. 947 do Código de Processo Civil, o objetivo imediato do IAC estende-se mais além, com o propósito de dirimir questão de direito com grande repercussão social.

Com fundamento no parágrafo quarto, mas não no *caput*, do art. 947 do Código de Processo Civil, a pretensão imediata do incidente é a de apenas uniformizar a jurisprudência do tribunal.

Em um e outro caso, porém, deve a questão comportar *expressão qualitativa* para que tenha a força de modificar, por simples incidente, o juízo natural do colegiado numericamente menor.

Deduzidas, em breve resumo, as considerações teóricas introdutórias sobre os requisitos do incidente de assunção de competência, segue-se a examinar (a) se existe o cumprimento dos requisitos legais para a sua admissibilidade e (b) se o processo em que esta questão foi suscitada é o processo adequado para que se firme a tese proposta, com origem na 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos seguintes termos, conforme o voto do eminente relator, Desembargador João Batista Pinto Silveira, *in verbis*: “*possibilidade de se admitir o caráter especial das atividades de motorista de ônibus ou de caminhão em virtude da penosidade, nos intervalos laborados após a extinção da possibilidade de enquadramento por categoria profissional pela Lei 9.032/1995*”.

Cumprimento dos requisitos para admissibilidade do presente IAC

Uma vez estabelecida a distinção acima, entendo, inicialmente, que a admissibilidade não pode acontecer encontrando por base legal o *caput* do art. 947 do CPC.

A questão deduzida é, na forma do voto do eminente relator, *de direito*, pois trata de definir a respeito da consideração da penosidade como causa de contagem diferenciada de tempo de contribuição, após a extinção do enquadramento por categoria profissional. Conquanto se vá mais adiante tratar novamente deste ponto, no que diz respeito à adequação do incidente ao caso pendente de julgamento, em tese, trata-se de questão de direito.

Se considerado o número de processos em tramitação nos gabinetes das turmas de competência previdenciária, esta questão não ocorre em quantidade relativamente elevada. Do contrário, não seria o caso senão o de ser suscitada em incidente de resolução de demandas repetitivas, atendendo aos demais requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil. Não possui a questão de direito, portanto, repetição em múltiplos processos.

O terceiro requisito, o da existência de grande repercussão social, é exigência legal de conceituação indeterminada.

Se é certo haver subjetividade no delineamento dos contornos precisos do que representa uma decisão *com grande repercussão social*, ao menos não parece haver desacordo em relação ao que constitui o núcleo essencial do sentido da expressão: uma decisão deve assim ser qualificada quando irradiar efeitos, potencial ou concretamente, a um número ilimitado de pessoas.

Exemplificativamente, podem ser mencionadas como questões de direito relevantes com grande repercussão social, apreciadas no Supremo Tribunal Federal: a que permitiu a utilização de células-tronco embrionárias (ADI 3.510); a que proibiu a contratação de pessoas com laços de parentesco para cargos em comissão no Poder Judiciário e, extensivamente, nos demais poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (ADC 12); a que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a equiparou a união estável (ADPF 132 e ADI 4.277); a que declarou a inconstitucionalidade da interpretação de que constituiria conduta típica contida nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal a interrupção de gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54).

No Direito Previdenciário, do mesmo modo, decisão com grande repercussão social foi a que se deu, *verbi gratia*, no julgamento da desaposentação (Recurso Extraordinário nº 661.256/DF, submetido ao rito da repercussão geral – desaposentação).

Existe, em todas as decisões com grande repercussão social, a mesma característica que permite identificar-lhes o predicado: atingiram a sociedade como um todo e a ninguém beneficiaram ou prejudicaram exclusivamente, seja de modo individual, seja de modo coletivamente restrito.

A questão de direito que diz respeito à contagem diferenciada de tempo de contribuição em certa atividade profissional só dissemina consequências para as pessoas diretamente envolvidas nessa atividade. Trata-se, assim, de questão de direito relevante, mas de repercussão concentrada a certa categoria de segurados.

Disso decorre a conclusão de que a questão que aborda a penosidade, presente ou não, na atividade de motorista se restringe a ser questão de direito *com repercussão profissional*, mas longe está de ser questão de direito *com grande repercussão social*.

Nos termos do *caput* do art. 947 do Código de Processo Civil, por não estar evidenciado este último requisito, deve ser rejeitada a admissibilidade deste incidente suscitado.

Como foi acima explicitado, porém, pode um incidente de assunção de competência ter objetivo mais modesto, não o de resolver questão de relevância destacada na vida nacional ou de parte de população residente em alguma das regiões do país.

Se tiver o IAC o escopo único de aplainar posições opostas em turmas que decidem a mesma questão de direito ou de impedir que apareçam em julgados futuros, o respectivo juízo de admissibilidade deve acontecer sob a ótica diversa de identificação de outros requisitos.

Assim, distingue-se o § 4º do art. 947 do Código de Processo Civil, não por acaso, em regra isolada, nos seguintes termos: “Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

Em outras palavras, o IAC pode estar destinado a cumprir apenas a norma contida no art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Cabe, nesta restrita dimensão, somente verificar ser ou não *conveniente* (esta a discricionariedade outorgada pelo legislador) prevenir ou compor divergência entre as turmas.

É preciso, à vista disso, para findar o juízo de admissibilidade, conhecer a divergência de orientação existente nas turmas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre a questão relevante da *penosidade* relacionada à atividade de motorista.

Em 03 de setembro de 2009, a 3ª Seção julgou os Embargos Infringentes nº 2001.04.01.067837-6, posicionando-se pela inviabilidade do reconhecimento da atividade especial de motorista após 28.04.1995, *fundada apenas em presunção*. Confira-se a ementa do julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ATIVIDADE ESPECIAL. MOTORISTA DE ÔNIBUS. CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. DECRETO Nº 3.048/99. 1. A Lei nº 9.711, de 20.11.1998, e o Regulamento Geral da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.1999, resguardam o direito adquirido de os segurados terem convertido o tempo de serviço especial em comum, até 28.05.1998, observada, para fins de enquadramento, a legislação vigente à época da prestação do serviço. 2. Até 28.04.1995, é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído); a partir de 29.04.1995, não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05.03.1997 e, a partir de então e até 28.05.1998, por meio de formulário embasado em laudo técnico ou pericial. 3. *É inviável o reconhecimento da especialidade da atividade de motorista após 28.04.1995 apenas com base em presumida penosidade da atividade desenvolvida.*” (TRF4, EINF 2001.04.01.067837-6, Terceira Seção, relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 16.09.2009)

A partir desse julgado, instaurou-se nova divergência jurisprudencial entre a 5ª Turma e a 6ª Turma, quanto à possibilidade de reconhecimento da atividade especial após 28.04.1995, *com base em prova da penosidade* da atividade.

O posicionamento adotado na 6ª Turma, em 02 de abril de 2018, foi no sentido de que o reconhecimento de atividade especial posteriormente à vigência da Lei 9.032/95 não é cabível, em razão da ausência de critérios legais objetivos para a investigação das condições caracterizadoras dessa condição. Nessa linha:

“PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE RURAL. TRABALHADOR RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. ATIVIDADE ESPECIAL. ESPECIALIDADE DA FUNÇÃO DE MOTORISTA EM VIRTUDE DA PENOSIDADE NO PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.032/95. IMPOSSIBILIDADE. CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL. APLICÁVEL A LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS NÃO IMPLEMENTADOS. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. TUTELA ESPECÍFICA. 1. O tempo de serviço rural para fins previdenciários, a partir dos 12 anos, pode ser demonstrado por meio de início de prova material, desde que complementado por prova testemunhal idônea. 2. O reconhecimento de tempo de serviço prestado na área rural até 31.10.1991, para efeito de concessão de benefício no Regime Geral da Previdência Social,

não está condicionado ao recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, exceto para efeito de carência. 3. Apresentada a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço. 4. *É inviável a possibilidade de reconhecimento do caráter especial da atividade de motorista em virtude, tão somente, da sujeição do trabalhador à penosidade no período posterior à vigência da Lei nº 9.032/95, que extinguiu a possibilidade de enquadramento por categoria profissional, em virtude da ausência de critérios legais objetivos para a aferição das condições caracterizadoras dessa circunstância.* 5. Somente terão direito à conversão do tempo comum em especial os segurados que, até 28.04.1995 (data em que limitada a conversão de tempo especial para comum pela Lei nº 9.032/1995), tenham implementado todos os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria especial, devendo, nessa hipótese, para fins de aferição do implemento do requisito tempo de serviço especial, ser levada em conta a efetiva conversão do tempo comum em especial. 6. O sistema previdenciário vigente após a Lei 9.032/1995 somente admite aposentadoria especial para quem exerceu todo o tempo de serviço previsto no art. 57 da Lei 8.213/1991 (15, 20 ou 25 anos, conforme o caso) em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. 7. Se o segurado implementar os requisitos para a obtenção de aposentadoria pelas regras anteriores à Emenda Constitucional nº 20/98, pelas regras de transição e/ou pelas regras permanentes, poderá inativar-se pela opção que lhe for mais vantajosa. 8. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença *stricto sensu* previstas no art. 497 do CPC/15, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (*sine intervallo*).” (TRF4, AC 5013508-60.2012.4.04.7112, Sexta Turma, relator para acórdão João Batista Pinto Silveira, juntado aos autos em 07.02.2018)

Em sentido diferente posicionou-se a 5ª Turma ao adotar a tese de que o reconhecimento de atividade especial para o motorista é cabível após 28.04.1995, desde que efetivamente comprovada a penosidade do trabalho. Confira-se a ementa do julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE LABOR EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. ATIVIDADE DE MOTORISTA DE ÔNIBUS/CAMINHÃO. CONSECUTÓRIOS. DIFERIMENTO. TUTELA ESPECÍFICA. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. 1. Comprovado o exercício de atividade especial, conforme os critérios estabelecidos na lei vigente à época do exercício, o segurado tem direito adquirido ao cômputo do tempo de serviço como tal. 2. Até 28.04.1995, é admissível o reconhecimento da especialidade do trabalho por categoria profissional; a partir de 29.04.1995, é necessária a demonstração da efetiva exposição, de forma não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde, por qualquer meio de prova; e, a contar de 06.05.1997, a comprovação deve ser feita por formulário-padrão embasado em laudo técnico ou por perícia técnica. 3. *A atividade de motorista reveste-se, via de regra, de considerável penosidade para aqueles que a executam, mostrando-se absolutamente injustificada e desproporcional qualquer espécie de relativização quanto à caracterização da penosidade como elemento autorizador do reconhecimento de que determinada atividade laboral é especial, sob pena de se esvaziar*

*a proteção constitucional estabelecida em relação ao tema. 4. Não se está afirmando, com isso, que toda atividade de motorista deva ser, indiscriminadamente, considerada especial, sob pena de realizar indevido enquadramento por categoria profissional após 28.04.1995. 5. Admite-se, portanto, que os elementos de prova aplicáveis ao caso concreto demonstrem que a interação de diversos fatores – como o grau tecnológico do veículo, o bom estado de conservação das vias que eram percorridas, a inexistência de elementos outros, tais como a pressão pelo cumprimento de prazos e metas, a privação do sono, a necessidade de percorrer grandes distâncias, entre outros – poderá descaracterizar a especialidade da atividade, o que, *in casu*, não ocorreu. 6. Implementados os requisitos de tempo de contribuição e carência, é devida a aposentadoria por tempo de contribuição. 7. A definição dos índices de correção monetária e juros de mora deve ser diferida para a fase de cumprimento do julgado. 8. O cumprimento imediato da tutela específica independe de requerimento expresso do segurado ou beneficiário, e o seu deferimento sustenta-se na eficácia mandamental dos provimentos fundados no art. 461 do CPC/1973, bem como nos artigos 497, 536 e parágrafos e 537 do CPC/2015. 9. A determinação de implantação imediata do benefício, com fundamento nos artigos supracitados, não configura violação dos artigos 128 e 475-O, I, do CPC/1973 e 37 da CF/1988.” (TRF4 5001711-85.2010.4.04.7006, Quinta Turma, relator para acórdão Roger Raupp Rios, juntado aos autos em 13.07.2017)*

Existem, ainda, precedentes das turmas regionais suplementares com a orientação de que o reconhecimento da especialidade da atividade de motorista, após 28 de abril de 1995, é aceitável mediante prova idônea da penosidade. Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. RECONHECIMENTO. 1. Até 28.04.1995, é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído); a partir de 29.04.1995, não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05.03.1997 e, a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica. 2. Uma vez exercida atividade enquadrável como especial, sob a égide da legislação que a ampara, o segurado adquire o direito ao reconhecimento como tal e ao acréscimo decorrente da sua conversão em tempo de serviço comum no âmbito do Regime Geral de Previdência Social. 3. *Demonstrado o exercício de atividade penosa (motorista de ônibus) em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física – penosidade –, é possível o reconhecimento da especialidade após 28.04.1995.* 4. Determinada a revisão do benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, diante do reconhecimento de período laborado em condições especiais.” (TRF4, AC 5003734-08.2018.4.04.7205, Turma Regional Suplementar de SC, relator Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 06.11.2019)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. MOTORISTA E COBRADOR DE ÔNIBUS. RECONHECIMENTO. ATIVIDADE RURAL. A lei em vigor quando da prestação dos serviços define a configuração do tempo como especial ou comum, o qual passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador

como direito adquirido. Até 28.04.1995, é admissível o reconhecimento da especialidade do trabalho por categoria profissional; a partir de 29.04.1995, é necessária a demonstração da efetiva exposição, de forma não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde, por qualquer meio de prova; a contar de 06.05.1997, a comprovação deve ser feita por formulário-padrão embasado em laudo técnico ou por perícia técnica. O caráter especial do trabalho exercido por motorista de caminhão ou ônibus e cobrador de ônibus estava previsto no Decreto nº 53.831/64 (Código 2.4.4), no Decreto nº 72.771/73 (Quadro II do Anexo) e no Decreto nº 83.080/79 (Anexo II, Código 2.4.2), o que permite reconhecimento da especialidade do labor por enquadramento em categoria profissional. *Após a extinção da especialidade por enquadramento profissional, somente é possível reconhecer a atividade de motorista de caminhão como especial se houver prova de que foi exercida em condições insalubres, perigosas ou penosas.* Nos termos do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o cômputo de tempo de serviço de segurado trabalhador rural anterior à data de início de sua vigência é admitido para concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, independentemente do recolhimento das contribuições, exceto para efeito de carência. Para o período ulterior à Lei de Benefícios (competência de novembro de 1991, conforme disposto no artigo 192 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 357/91), o aproveitamento condiciona-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, de acordo com o artigo 39, inciso II, da Lei nº 8.213/91 e com a Súmula 272 do Superior Tribunal de Justiça. Para a comprovação do tempo de atividade rural, é preciso existir início de prova material, não sendo admitida, em regra, prova exclusivamente testemunhal. Demonstrado o preenchimento dos requisitos, o segurado tem direito à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante a conversão dos períodos de atividade especial, a partir da data do requerimento administrativo, respeitada eventual prescrição quinquenal.” (TRF4, 5030357-69.2018.4.04.9999, Turma Regional Suplementar do PR, relator Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 18.11.2019)

Em conclusão, verifica-se no âmbito das turmas especializadas em Direito Previdenciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região algum desacordo na jurisprudência.

A *conveniência* a que se refere o art. 947, § 4º, do CPC parece ocorrer imediatamente, para que se supere a possibilidade de ocorrência de frações decisórias discrepantes, alcançando-se em todas as demais supervenientes decisões nas turmas o mesmo denominador comum.

Poderia *não ser conveniente* em alguma ocasião não suprimir divergência esboçada por acórdãos de vetores contrários.

Isoladas deliberações nos órgãos colegiados menores (1), circunstâncias de modificação iminente da legislação associada à matéria (2), instabilidade temporária de orientação jurisprudencial nas próprias turmas (3) e, por fim, imprevisão de surgimento de outras muitas ações sobre o assunto (4) exemplificam situações que indicam a *inconveniência* de adotar iniciativa para *prevenir* ou *compor* divergência.

Não é o caso de nenhuma dessas hipóteses.

Gradativo crescimento de ações com o mesmo objeto recomenda que o tribunal encerre a incerteza que se espalha e se pronuncie acerca da *penosidade* como causa para a contagem especial de tempo de contribuição.

Processo e incidente. Adequação

O processo em que foi suscitado o incidente, a rigor, enfrenta no princípio do julgamento a arguição de cerceamento de defesa, e foram remetidos os autos à 3ª Seção para que haja pronunciamento primeiro sobre a complementação de prova para o reconhecimento, também, da *penosidade*. O recurso da parte, porém, contempla também no mérito o mesmo assunto. A controvérsia instaura-se, desse modo, em ambiente acertado.

Destaca-se, também, que o período cuja especialidade se busca reconhecer, no caso concreto, mantém relação à profissão de cobrador de ônibus. Sob esse aspecto, mantida a similitude de condições de trabalho, no mesmo espaço físico e nas mesmas condições físicas, é possível considerar que deva o objeto ser apreciado com a abrangência suficiente a dar solução unitária.

Não se pode admitir, por fim, a extensão do objeto do incidente de modo a alcançar também a atividade de motorista de caminhão, ainda que guarde essa atividade pontos comuns com a de motorista de ônibus, pois deve o incidente se conformar aos limites objetivos da lide.

Conclusão

Estão presentes, assim, os requisitos para a admissibilidade do incidente de assunção de competência.

Em face do que foi dito, voto no sentido de admitir o incidente de assunção de competência, observado o art. 947, § 4º, do Código de Processo Civil, acompanhando o relator, com as ressalvas acima.

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA
Nº 5053865-34.2019.4.04.0000/PR

Requerente: Caminhos do Paraná S/A

Advogada: Dra. Heloisa Conrado Caggiano

Advogado: Dr. Ivan Xavier Vianna Filho

Advogado: Dr. Egon Bockmann Moreira

Advogado: Dr. Thiago Ramos Leandro

Advogada: Dra. Rafaella Pecanha Guzela

Advogado: Dr. Gabriel Jamur Gomes

Requerido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do
Paraná – DER/PR

Requerido: Estado do Paraná

Requerido: Ministério Público Federal

Requerida: União – Advocacia-Geral da União

Requerida: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de
Infraestrutura do Paraná – Agepar

DESPACHO/DECISÃO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: Trata-se de embargos de declaração opostos pela requerente Caminhos do Paraná S.A. – Cadop (evento 30, EMBDECL1, destes autos) em face de *decisum* exarado por esta Presidência (evento 18, DESPADEC1, *idem*).

A embargante sustenta que a decisão embargada é obscura e omissa. Advoga que o órgão ministerial, no momento da interposição do recurso de agravo de instrumento, pugnou apenas pela desinstalação da praça de pedágio da Lapa, pela redução tarifária e pelo bloqueio de bens, é dizer, em nenhum momento se reportou aos temas atinentes aos depósitos mensais e à devolução dos valores arrecadados a partir da exploração da concessão do mencionado pedágio. Afirmar a inexistência de indicação quanto ao fundamento de fato e de direito que ensejou a decisão, afirma a inexistência de fundamentação quanto ao fundamento de fato e de direito que ensejou a decisão. Afirmar a inexistência de fundamentação quanto ao fundamento de fato e de direito que ensejou a decisão. Postula que sejam sanadas a omissão e a obscuridade apontadas, atribuindo-se efeitos infringentes aos aclaratórios a fim de ser conhecido o incidente de suspensão de liminar.

É breve o relatório. Decido.

Inicialmente, é imprescindível promover o exame acerca da tempestividade dos embargos de declaração em apreço.

O artigo 5º da Lei 11.419/2006 prescreve:

“Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

*§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, **sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.***

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.”

Por sua vez, a Resolução TRF4 17/2010, que dispõe sobre o processo judicial eletrônico – eproc no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, assim estabelece no seu artigo 23:

“Art. 23. As citações, intimações e notificações serão realizadas diretamente no eproc, dispensada a publicação em diário oficial ou a expedição de mandado, excetuadas as citações de feitos que envolvam os Direitos Processuais Criminal e Infracional (art. 6º da Lei nº 11.419/2006) ou quando determinado pelo magistrado da causa.

§ 1º Não se aplica a regra prevista no caput às intimações realizadas em audiência ou em secretaria, cabendo à Vara Federal ou secretaria realizar o seu registro no eproc.

§ 2º Considerar-se-á realizada a intimação e a citação pelo sistema no dia em que o destinatário efetivar a consulta eletrônica ao teor da decisão, certificando-se automaticamente nos autos a sua realização, na forma do art. 5º da Lei nº 11.419/2006.

*§ 3º A consulta referida no parágrafo anterior deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio da intimação, **sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.***

§ 4º Quando for inviável o uso do eproc para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados mediante a expedição de mandado ou carta de citação, em que constará a chave para acesso ao inteiro teor do processo no sítio próprio da Internet, sendo desnecessário o encaminhamento de cópia impressa da petição inicial.”

Nessa senda, consoante o artigo 5º, § 3º, da Lei 11.419/2006 e o artigo 23, § 3º, da Resolução TRF4 17/2010, realizada a intimação por modal eletrônico e não efetuada a consulta pela parte dentro de 10 (dez) dias contados da data do seu envio, considerar-se-á automaticamente perfectibilizada no décimo dia. Por sua vez, o decurso do prazo processual inicia-se no primeiro dia útil subsequente à consulta, seja a ficta, seja a efetivada diretamente pela parte.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. DECADÊNCIA. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA. CONSULTA. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

I – Aplica-se ao recurso especial o Enunciado Administrativo nº 3 do STJ, segundo o qual: ‘Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC’.

II – Verifica-se que a parte recorrente foi intimada do v. acórdão recorrido em 29.04.2016, sexta-feira (fl. 231), sendo o recurso especial somente interposto em 23.05.2016 (fl. 232).

III – De acordo com o art. 5º da Lei 11.419/2006, as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º dessa lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

IV – Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização. Nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte. A consulta deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

V – Dessa forma, é inadmissível, porquanto intempestivo, visto que interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos do art. 994, VI, c/c os arts. 1.003, § 5º, 1.029 e 219, *caput*, todos do Código de Processo Civil.

VI – Agravo interno improvido.” (AgInt nos EDcl no REsp 1.611.803/SC, Segunda Turma, relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 17.08.2017, DJe 28.08.2017)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA. COMEÇO DO PRAZO. PRIMEIRO DIA ÚTIL SEGUINTE DA DATA DA INTIMAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Dispõe o *decisum* agravado: ‘Mediante análise dos autos, verifica-se que a parte recorrente foi intimada do v. acórdão recorrido em 09.05.2016, sendo o recurso especial somente interposto em 01.06.2016. Dessa forma, é inadmissível, porquanto intempestivo, visto que interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos do art. 994, VI, c/c os arts. 1.003, § 5º, 1.029 e 219, *caput*, todos do Código de Processo Civil’ (fl. 549).

2. *Esclareça-se que, nos termos dos artigos 231, inciso V, do CPC/2015 e 5º, § 1º, da Lei 11.419/2006, a ‘intimação eletrônica considera-se realizada no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação’ (EDcl no AgRg no AREsp 355.670/RJ, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 29.06.2016) e o dia do começo do prazo é o dia útil seguinte à consulta da intimação.*

3. *Verifica-se que a intimação do agravante ocorreu em 09.05.2016. Assim, o prazo começou a ser contado do primeiro dia útil, portanto, a partir de 10.05.2016.*

4. *Como o prazo iniciou-se em 10.05.2016 e terminou no dia 31.05.2016, é intempestivo o recurso especial interposto no dia 01.06.2016.*

5. No mais, cabe esclarecer que, de acordo com o art. 5º da Lei 11.419/2006, as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º dessa lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

6. Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização. Nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte. *A consulta deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.*

7. Verifica-se que a certidão à fl. 442, que afirma que o prazo tem início no dia 11 de maio de 2016, refere-se apenas à hipótese de inércia do interessado durante o prazo de 10 (dez) dias.

8. Esclareça-se ainda que, conforme reconhecido pelo próprio agravante, este optou por se dar por intimado no dia 9 de maio de 2016, portanto, o prazo recursal começou no dia 10 de maio de 2016.

9. *Por fim, não há discrepância entre a legislação processual e o sistema utilizado pelo tribunal de origem, que não induziu o recorrente a erro.*

10. *Agravo interno não provido.*” (AgInt no REsp 1.614.653/RS, Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 19.10.2017, DJe 19.12.2017 – grifei)

Pois bem.

In casu, houve o envio da intimação do pronunciamento embargado em 28.01.2020 (evento 20, *idem*). Tendo em vista que a embargante não realizou a consulta eletrônica no prazo de 10 (dez) dias corridos, restou considerada intimada em 07.02.2020 (eventos 29, *idem*), sexta-feira. Em consequência, o *dies a quo* para oposição dos aclaratórios foi o primeiro dia útil subsequente, qual seja, 10.02.2020 (evento 20, *idem*), segunda-feira.

Nessa senda, o quinquídio legal, previsto no artigo 1.023 do Código de Processo Civil, encerrou-se em 14.02.2020, sexta-feira. Todavia, os embargos de declaração foram opostos tão somente em 17.02.2020 (evento 30, EMBDECL1, *idem*). Dessarte, intempestivamente.

Nessa linha, o entendimento deste Regional:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. Não devem ser conhecidos os embargos de declaração por intempestivos, uma vez que foram apresentados após extrapolado o prazo legal determinado pelo art. 1.023 do CPC.” (TRF4, 5006491-89.2015.4.04.7201, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, relator Desembargador Federal Celso Kipper, juntado aos autos em 23.10.2019)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. Não devem ser conhecidos os embargos de declaração por intempestivos, uma vez que foram apresentados após extrapolado o prazo legal determinado pelo art. 1.023 do CPC.” (TRF4, AC 5000407-78.2019.4.04.9999, Turma Regional Suplementar de Santa Catarina, relator Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 06.11.2019)

Portanto, não preenchido requisito extrínseco, é dizer, a tempestividade recursal, cujo vício é insanável, os aclaratórios não devem ser conhecidos.

Ante o exposto, *não conheço* dos embargos de declaração.

Porto Alegre, 21 de fevereiro de 2020.

AGRAVO INTERNO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 5053865-34.2019.4.04.0000/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus

Agravante: Caminhos do Paraná S/A

Agravada: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná – Agepar

Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná – DER/PR

Agravado: Estado do Paraná

Agravado: Ministério Público Federal

Agravada: União – Advocacia-Geral da União

EMENTA

Agravo interno. Suspensão de liminar. Recurso prejudicado.

1. Interposto recurso ou incidente processual vinculado à súplica recursal anteriormente ao pleito de suspensão e havendo pronunciamento judicial, quer seja monocrático, quer seja do órgão *ad quem*, perfectibiliza-se a incompetência desta Presidência para sua apreciação, por-

quanto não apresenta competência suspensiva horizontal. Precedentes.

2. Por outro lado, havendo o protocolo de suspensão de liminar ou de sentença e, posteriormente, interposto recurso ou pedido de atribuição de efeito suspensivo a apelo em autos próprios, a decisão do relator ou do colegiado configura a substituição do *decisum* objeto da medida de contracautela, acarretando a perda superveniente do seu objeto.

3. No caso em comento, a decisão cujos efeitos se colima suspender foi objeto de pleito *in limine* formulado em sede de agravo de instrumento previamente ao ajuizamento da suspensão de liminar. Por conseguinte, é incompetente a Presidência desta Corte para processá-la e julgá-la.

4. Não obstante, no presente caso, a matéria cujo exame a ora agravante pretende neste Regional restou apreciada pelo Tribunal da Cidadania, bem assim foi deferido o quanto postulado naquela Corte, após a interposição do presente agravo interno, que visa à reforma da decisão que não conheceu do incidente de suspensão proposto neste sodalício. Logo, fica prejudicada a análise da insurgência recursal.

5. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de junho de 2020.

Des. Federal *Victor Luiz dos Santos Laus*, Presidente.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: Trata-se de agravo interno interposto por Caminhos do Paraná S.A. – Cadop em face de decisão prolatada por esta Presidência (evento 18, DESPA-DEC1, destes autos) que não conheceu do pedido de suspensão dos efeitos da decisão liminar exarada na Ação Civil Pública 5002534-62.2019.4.04.7000/PR.

Sustenta que o Ministério Público Federal pugnou, na ação em curso no juízo primevo, pela desinstalação da praça de pedágio da Lapa, pela

redução das tarifas e pelo bloqueio de bens da ré, ora agravante. Alude que o juízo *a quo* não deferiu o pleito de desinstalação, mas foi determinada a apresentação de plano de devolução do valor arrecadado. Refere, outrossim, que restou indeferido o pedido de redução do valor da tarifa dos pedágios e de bloqueio de bens, todavia, o magistrado estipulou que devem ser efetuados depósitos mensais em juízo de parte da receita bruta obtida nas praças de pedágio.

Menciona que o órgão ministerial interpôs agravo de instrumento colimando a concessão de tutela liminar nos termos postulados na exordial da ação civil pública e, nessa esteira, não tratou da devolução do valor arrecadado pela ora recorrente e do depósito mensal de parcela da receita tarifária auferida. Advoga, portanto, que tais pontos não foram submetidos ao segundo grau de jurisdição. Alega que não foram objeto de análise em sede recursal nesta Corte e, dessarte, não foram discutidos, nem para fins de reforma, nem para ratificação. Assevera que nunca houve qualquer pronunciamento pelo Tribunal quanto ao tema objeto da suspensão de liminar, qual seja, a determinação pelo magistrado *a quo* de depósito judicial mensal de 60% (sessenta por cento) da renda obtida na praça de pedágio da Lapa e 33% (trinta e três por cento) daquela auferida nas demais praças.

Argui que o pronunciamento judicial, em sede liminar, de cujos efeitos vindica a suspensão, acarreta a impossibilidade real, clara e concreta de prestação dos serviços públicos concedidos, inclusive aqueles de segurança nas rodovias – socorro médico e mecânico –, atentando contra a segurança jurídica, a ordem pública, a vida e a salubridade dos usuários das rodovias concedidas. Defende que, com supedâneo no artigo 4º da Lei 8.437/1992, a inviabilidade da prestação de serviços e da realização de investimentos, decorrente da indisponibilidade de parte substancial da receita tarifária, autoriza a suspensão almejada.

Pugna pelo provimento do recurso (evento 34, PET1, *idem*).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões. Afirma que a decisão guerreada não merece reparos, pois, de fato, o pronunciamento judicial que se pretende suspender pelo incidente ajuizado pela agravante foi objeto de apreciação por este sodalício, no momento da análise de pedido de antecipação de tutela recursal no Agravo de Instrumento 5013724-70.2019.4.04.0000. Transcreve excerto do *decisum*

agravado. Apregoa que, havendo interposição de súplica recursal ao Tribunal, previamente ao incidente em apreço, e analisada a inconformidade, seja monocraticamente pelo relator, seja pelo colegiado, a competência para exame do pleito de suspensão de liminar ou de segurança é dos tribunais superiores. Pontua que inexistente competência horizontal suspensiva, isto é, prolatada decisão por órgão que compõe esta Corte Regional, a Presidência não detém competência para apreciá-la. Postula o desprovimento do recurso (evento 61, CONTRAZ1, *idem*).

O Estado do Paraná e o Departamento de Estradas de Rodagem aderem integralmente às contrarrazões ofertadas pelo *Parquet* Federal (evento 63, CONTRAZ1, *idem*).

A União Federal endossa o quanto requerido pelo Ministério Público Federal (evento 64, CONTRAZ1, *idem*).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: A decisão objurgada foi exarada nas seguintes letras (evento 18, DESPADEC1, destes autos):

“Trata-se de pleito de suspensão de liminar formulado pela empresa Caminhos do Paraná S.A. – Cadop. Aduz que, no bojo da Ação Civil Pública 5002534-62.2019.4.04.7000/PR, foi determinado, liminarmente, o depósito mensal de parte da receita tarifária auferida pela ora requerente: a) 33% (trinta e três por cento) do montante obtido a partir da operação das quatro praças de pedágio previstas no contrato original de concessão; b) 60% (sessenta por cento) da renda percebida com o pedágio da Lapa. Alude a impossibilidade de prestar os serviços públicos concedidos – inclusive, de socorro médico e mecânico – caso haja a manutenção dos efeitos da decisão em comento. Assevera que as quantias percebidas a título de tarifa constituem a única forma de viabilizar o cumprimento das obrigações contratuais. Sustenta não haver base objetiva válida que ampare os percentuais fixados no pronunciamento objeto da presente suspensão. Menciona que os depósitos mensais nos valores estabelecidos acarretarão o mesmo efeito decorrente da redução no montante da tarifa adimplida pelos utentes, qual seja, a supressão de verbas fundamentais para a execução dos serviços públicos.

Advoga que, ‘se com 25,77% a menos de receita o c. STJ já analisou os números da concessão da própria Cadop e consignou que não há como manter a prestação dos serviços essenciais, é inconteste que indisponibilizar 33% e 60% da receita das tarifas de praças de pedágio, ainda que via depósito judicial, inviabiliza de forma ainda mais grave a concessão (pois em percentuais maiores), autorizando o deferimento desse pleito’. Apregoa que os recolhimentos estabelecidos e a preservação das despesas administrativas implicarão um saldo negativo, no ano de 2020, de R\$ 179.669.948,00 e que, em maio, o prejuízo acumulado já terá atingido R\$ 34.508.369,00. Afirma que o *decisum* em tela ofende a ordem

pública, porquanto altera, unilateralmente, o contrato de concessão, bem como compromete a prestação de serviços essenciais aos usuários. Alega que há impacto direto e negativo na economia e na segurança públicas, pois restará obstada de executar atividades imprescindíveis à segurança dos utentes. Pugna pela suspensão da liminar deferida pelo juízo *a quo*, ‘afastando-se a determinação de depósito mensal dos percentuais de 33% e 60% da receita bruta tarifária das praças de pedágio da concessão’ (evento 1, INIC1, destes autos).

Intimado o Ministério Público Federal com fulcro no artigo 4º, § 2º, da Lei 8.437/1992, manifestou-se pelo indeferimento da suspensão vindicada (evento 16, PET1, *idem*).

É breve o relatório. Decido.

No presente caso, restou prolatada decisão pelo magistrado *a quo* que deferiu, parcialmente e *inaudita altera parte*, os pedidos liminares do órgão ministerial nos seguintes termos (evento 5, DESPADEC1, dos autos 5002534-62.2019.4.04.7000/PR):

[...]

O *Parquet* Federal interpôs agravo de instrumento em 02.04.2019 (evento 1, INIC1, dos autos 5013724-70.2019.4.04.0000/PR). Requereu a concessão de tutela antecipada recursal, em caráter liminar, *in verbis*:

‘1) a imediata suspensão dos efeitos dos seguintes atos administrativos: Termo Aditivo nº 017/2000; Termo Aditivo nº 86/2002; Processo Administrativo nº 8679801-8; Plano de Recuperação por Etapas Deliberação nº 93/2009-CD; ‘Termo de Ajuste’ para modificação do PER do Lote 4 – objeto do Contrato nº 074/97, de 02.09.2013; Termo Aditivo ao ‘Termo de Ajuste’ firmado em 02.09.2013, de 17.11.2014; Termo Aditivo nº 144/2015; 5º Termo Aditivo ao Contrato nº 074/97, de 28.11.2016; e 6º Termo Aditivo ao Contrato nº 074/97, de 27.11.2017. Em consequência, deve ser determinada a imediata retomada do cronograma original das obras da concessão, iniciando-se as obras em 30 dias, notadamente as seguintes: – terceiras faixas: de 144,9 quilômetros; – marginais: de 36 quilômetros; – interseções: de 27 unidades totais; – duplicações: de 88,4 quilômetros (incluídos os 43 quilômetros entre Araucária e Lapa);

2) a imediata desinstalação da praça de pedágio da Lapa;

3) a redução imediata da tarifa praticada nas praças de arrecadação da CAMINHOS DO PARANÁ em 25,77% (degraus tarifários);

4) a vedação, enquanto durar esta demanda, de celebração de novas alterações contratuais que resultem, concomitante ou isoladamente, em supressão ou prorrogação de obras, prorrogação do contrato, aumento da TIR;

5) a vedação de reajuste de tarifa acima do IPCA;

6) a vedação, enquanto durar a presente ação e não estiverem cumpridas as obrigações previstas no contrato original, de desmobilização e/ou extinção da CAMINHOS DO PARANÁ (sociedade de propósitos específicos);

7) o bloqueio cautelar do valor mínimo do dano (material e moral), o que corresponde a R\$ 4.436.344.847,94 (quatro bilhões, quatrocentos e trinta e seis milhões, trezentos e quarenta e quatro mil, oitocentos e quarenta e sete reais e noventa e quatro centavos), aqui apurado nas contas de todas as empresas demandadas (CAMINHOS e todas as corresponsáveis arroladas);’

Com efeito, a determinação à empresa Caminhos do Paraná para depositar mensalmente, em juízo, 33% e 60% das receitas auferidas, respectivamente, com as quatro praças de pedágio constantes no contrato original e com o pedágio da Lapa foi considerada insu-

ficiente pelo Ministério Público Federal para assegurar o resultado útil da tutela judicial requestada. O Parquet advogou que as medidas que pretendem a imediata remoção dos ilícitos devem prevalecer sobre aquelas meramente ressarcitórias.

O Desembargador Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, relator do aludido recurso naquela oportunidade, deferiu, em parte, o pleito recursal antecipatório, nas seguintes letras (evento 5, DESPADEC1, *idem*):

‘Inicialmente, afasto alegação da existência de ato atentatório à verdade do processo ou ausência de interesse recursal por parte do agravante.

A par da existência de embargos de declaração opostos pela Cadop (Caminhos do Paraná) no processo de origem, com a intimação da parte contrária para manifestação, não se verifica a ausência de interesse recursal do autor da ação naquilo em que não obteve êxito. O interesse existe e, ainda que as medidas liminares estejam com prazo interrompido para cumprimento, eventual alteração da decisão e sua repercussão no objeto do presente recurso pode ser enfrentada *a posteriori*.

Não se verifica, portanto, atuação atentatória à verdade dos fatos processuais.

Seguindo:

Primeiro, cumpre firmar que o motivo que levou à suspensão da liminar pelo e. STJ em processo similar, mas envolvendo concessionária diversa, parece ter sido a informação sobre fato novo, qual seja, o pedido do Estado do Paraná para que a União retomasse a responsabilidade pelas rodovias e a prestação de serviço de socorro médico e mecânico se mantivesse com a concessionária contratante, no caso, a Econorte S/A.

Neste autuado, não se tem informação a esse respeito e, sobre os pleitos de tutela dirigidos, entendo que alguns merecem adequação.

Na mesma linha do entendimento já manifestado anteriormente, entendo que a manutenção do *status* conforme se apresenta nos dias atuais, diante das informações trazidas, seria aquiescer, ao menos por ora, com o delatado esquema e a manutenção da onerosidade sobre a coletividade. Se constatada, na instrução, a efetiva desnecessidade dos aumentos tarifários e a desoneração de obrigações de fazer por parte da agravada, com a manutenção do *status quo* pelo prazo que falta para o final da concessão, o prejuízo à comunidade seria irreparável. Por outro lado, se constatada a licitude dos adendos contratuais, haveria a possibilidade de ressarcimento da concessionária Caminhos do Paraná perante o poder público, sempre solvente.

Não vislumbro, ao menos por ora, fundamento a afastar a pretensão relativa à possibilidade de *confeção de novos aditivos* que possam vir a prejudicar toda a coletividade. A situação entabulada, com diversas indicações sobre as irregularidades nos contratos, acrescidas das informações oriundas da ‘Operação Integração’, por certo irá repercutir na esfera econômica e administrativa das empresas envolvidas e, por mais que a questão se encontre *sub judice*, poderá haver tentativas de reduzir o ‘prejuízo’ com o andamento das operações e das investigações.

Sendo assim, parece a este relator ser necessária a proibição de celebração de novos aditivos que beneficiem a concessionária e envolvidas.

Não se está aqui engessando a Administração no seu poder-dever de regular seus atos ou interferindo na sua discricionariedade, mas firmando a impossibilidade de convenções que venham a suprimir obrigações já acordadas pela concessionária ou prorrogar prazos já firmados, em evidente prejuízo da coletividade.

Quanto ao pedido de *redução do valor da tarifa em 25,77%* pelo julgador de origem, o pleito deixou de ser concedido em razão da ausência de elementos para ‘definir qual o montante que as ilicitudes acresceram às tarifas’.

Frise-se que a inicial da ação lança mão de informações oriundas de operação que investiga irregularidades nos contratos de concessão pedagiada do Estado do Paraná, com enfoque inicial na Concessionária Econorte. A partir da investigação, foram firmados acordos de colaboração pelo MPF com Nelson Leal Junior (ex-diretor do DER/PR) e dirigentes da Econorte (Hélio Ogama e Hugo Ono). O conteúdo das colaborações refere a existência de uma organização criminosa atuante no âmbito dos órgãos públicos e das concessionárias de pedágio. Segundo consta dos relatos, os aditivos eram realizados em um contexto de corrupção sistêmica em que eram redigidos e acordados benéficos em prol das concessionárias, inclusive com aumentos tarifários desnecessários ao equilíbrio do contrato. O esquema indicado pelos colaboradores diz, também, com a rede de empresas de fachada para pagamento de propina aos beneficiários.

Consoante lançado na r. decisão recorrida, a urgência parece óbvia, considerando-se que o termo final se aproxima; que há estranha composição no quadro societário da SPE Caminhos do Paraná, com empresas sediadas no exterior e com capital modesto; que o fisco autou a concessionária em quinhentos milhões de reais por evasões tributárias; que houve desequilíbrio em prejuízo dos utentes e a existência de sobrepreços nos dispêndios da concessionária ré, conforme relatórios fiscais; que, a menos de três anos do término do contrato de concessão, ainda faltam 80% das duplicações avançadas e 80% das terceiras faixas que não foram suprimidas; que a vantagem obtida pelas postergações é ilícita; que a procrastinação das poucas obras de melhoria que restaram do contrato original foi pensada para capitalizar as controladoras; que o material oriundo do processo penal é farto na indicação de que a inversão do tempo entre o investimento e o lucro (houve primeiro o lucro e depois está havendo migalhas de investimento) foi obtida pela concessionária por meio da corrupção de agentes públicos ubicados em vários níveis de poder do governo estadual. No documento OUT2, evento 13, por exemplo, está colacionada a planilha de rateio da propina entre as concessionárias, na qual se vê, ano após ano, o percentual de participação da Caminhos do Paraná; que o pagamento de propina a agentes públicos começou em 1999 e findou no segundo semestre de 2017, não por arrependimento dos partícipes, mas por ação serôdia das instituições de controle externas ao Executivo e ao Legislativo.

A meu sentir, a situação remete à imediata e necessária redução dos valores atinentes aos degressos tarifários no importe de 25,77%.

Penso que, verificada a probabilidade do direito invocado, com demonstração de efetivo prejuízo da coletividade em benefício privado, oriundo da prática lesiva por anos, e constatado o estágio do contrato de concessão, em vias de finalização (mais três anos), acrescido do fato de que os compromissos inicialmente assumidos pela concessionária não foram plenamente realizados, seja porque alterados por outros, seja porque postergada sua entrega, a redução de 25,77% nas tarifas de pedágio mostra-se salutar para iniciar-se o processo de reequilíbrio em benefício da coletividade lesada.

Considerando, segundo os indícios até então coletados, que os agravados vêm se locupletando com benefícios indevidos à custa da coletividade desde o início da concessão, a redução tarifária pelo curto período faltante representa um mínimo a ser por eles suportado.

E, conquanto se possa cogitar de incerteza sobre o exato valor do acréscimo decorrente

das ilicitudes, o correto é que há extrema urgência em se iniciar um processo de saneamento do prejuízo sofrido e tomar como balizadores os últimos acréscimos de degraus tarifários lançados em aditivos indicados como detentores das ilicitudes praticadas. Ademais, o acréscimo nas tarifas não veio sozinho, mas, sim, unido à não realização de investimentos, conforme previsto no contrato original.

Entendo que as medidas que ora se impõem (redução de tarifa de pedágio e ditamento de óbice a aditamentos que proporcionem maiores prejuízos à coletividade do que já praticados) mostram-se suficientes a tutelar a pretensão deduzida.

Por fim, na mesma linha do entendimento adotado na decisão ora recorrida, entendo que o bloqueio de bens e valores, neste momento processual, vai na contramão do adimplemento das obrigações já assumidas pela ré, podendo vir a comprometer, inclusive, a manutenção da prestação do serviço público.

Em relação ao pedido de suspensão do pedágio da Lapa, considero precipitado o deferimento neste momento. Consoante se verifica da decisão de origem, há determinação para que as rés apresentem plano de devolução do valor arrecadado na praça do pedágio (estimado em R\$ 700 milhões), bem como depositem em juízo 60% do valor arrecadado com a praça.

Mantidos, por ora, os indeferimentos que dizem respeito à alteração de índice contratado pelas partes para o reajuste das tarifas e o óbice à desmobilização da sociedade, não se verificando razões para alterar o fundamento adotado pelo julgador de origem.

Por fim, cumpre frisar que a ação de origem não está fincada somente em autuação fiscal realizada em face da requerida, mas também em informações oriundas de operação deflagrada e que indica pagamento de propina a agentes públicos em troca de confecção de aditivos contratuais prejudiciais à coletividade.

Ante o exposto, defiro em parte o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Intimem-se (sendo a parte agravada, inclusive, para responder).

Após, ao MPF para parecer.'

A ora requerente interpôs agravo interno em 21.05.2019 (evento 32, AGR_INT1, *idem*), requerendo (a) o não conhecimento do agravo de instrumento apresentado pelo Ministério Público Federal e, sucessivamente, (b) a revogação da decisão objurgada ou a suspensão da sua eficácia até pronunciamento pelo magistrado primevo quanto aos embargos declaratórios opostos pela concessionária nos autos da ação civil pública.

O Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, atual relator das insurgências recursais cíveis, em face da assunção pelo Desembargador Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, da Vice-Presidência deste Regional, concedeu vista aos interessados do recurso interposto pela concessionária para, querendo, contra-arrazoarem. Portanto, a súplica recursal principal e o agravo interno ainda pendem de julgamento.

Outrossim, a empresa também deflagrou, em 08.05.2019, suspensão de liminar no Superior Tribunal de Justiça, atuada sob o nº 2.513/PR, na qual o Ministro João Otávio de Noronha, presidente daquela Corte, determinou a suspensão dos efeitos da medida in limine deferida no agravo de instrumento acima referido, especificamente no que tange à determinação de redução da tarifa das praças de pedágio em 25,77%. O Ministério Público Federal interpôs agravo interno, que, atualmente, aguarda apreciação.

No que diz respeito à tramitação dos autos da ação civil pública no primeiro grau de jurisdição, após o *decisum* que examinou os pedidos liminares do órgão ministerial, foram

opostos embargos de declaração pela empresa Caminhos do Paraná S.A. em 28.02.2019 (evento 61, EMBDECL1, dos autos 5002534-62.2019.4.04.7000/PR), bem como interrompido o prazo para cumprimento da decisão até a análise dos aclaratórios (evento 70, DESPADEC1, *idem*).

O juízo *a quo* manteve a decisão liminar no tocante ao objeto do presente procedimento de contracautela (evento 191, DESPADEC1, *idem*).

A ora requerente opôs novos embargos de declaração em 14.08.2019 (evento 234, EMBDECL1, *idem*); sem embargo, não foram acolhidos com efeitos infringentes (evento 261, DESPADEC1, *idem*).

Do cenário alhures delineado, exsurge:

(a) *alternativamente aos requerimentos de bloqueio de R\$ 4.436.344.847,94 e de desinstalação do pedágio da Lapa, o juízo da 1ª Vara Federal de Curitiba/PR determinou os depósitos mensais de 33% e 60% das receitas obtidas, respectivamente, com os quatro pedágios previstos no contrato original e com a praça da Lapa;*

(b) *o pronunciamento judicial exarado pelo magistrado primevo em 20.02.2019 foi objeto de decisão liminar desta Corte. O relator, em 16.04.2019, deferiu apenas em parte o pleito do Ministério Público Federal de antecipação da tutela recursal no bojo do Agravo de Instrumento 5013724-70.2019.4.04.0000/PR. Não concedeu guarida aos pedidos de bloqueio de bens e valores e de suspensão do pedágio da Lapa, preservando, por consequente, a deliberação pelos depósitos mensais aludidos supra;*

(c) os embargos de declaração opostos na origem em 28.02.2019 e 14.08.2019 não foram providos com atribuição de efeitos infringentes;

(d) as decisões prolatadas, que analisaram os aclaratórios opostos, respectivamente, em 28.07.2019 e 09.12.2019, tão somente integram a decisão embargada, não apresentando o condão, ainda que posteriores, de substituir o pronunciamento do relator do agravo de instrumento, uma vez que o magistrado *a quo* não tem competência para revisar *decisum* do órgão *ad quem*, haja vista o critério funcional vertical de competência;

(e) portanto, os efeitos que a empresa Caminhos do Paraná S.A. pretende suspender encontram supedâneo na decisão deste Regional.

Pois bem.

Incumbe à presidência do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso processar e julgar os incidentes de suspensão de liminar ou de sentença propostos pelo Ministério Público ou por pessoa jurídica de direito público, nos termos do artigo 7º da Lei 8.437/1992, admitindo-se, excepcionalmente, a legitimidade de pessoas jurídicas de direito privado, quando, cabalmente, estejam atuando na defesa de interesse público (STJ, AgInt no AREsp 916.084/BA, Primeira Turma, relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 15.12.2016, DJe 03.02.2017, e AgInt na SS 2.869/SP, Corte Especial, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 07.06.2017, DJe 14.06.2017).

Logo, se, anteriormente ao protocolo do incidente de suspensão, houver a interposição de recurso a esta Corte em face de decisão proferida no juízo *a quo* ou requerimento visando à atribuição de efeito suspensivo e estes forem analisados, *seja monocraticamente pelo relator, seja pelo colegiado*, a competência para apreciar o pedido de contracautela será das cortes superiores, porquanto os efeitos que se almeja suspender não mais decorrem do pronunciamento judicial do magistrado primevo.

A corroborar esse entendimento, colaciono jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

‘AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO SUSPENSIVO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA PRESIDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA REJEITADA. ATO PROFERIDO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO QUE MANTEVE PROVIMENTO CAUTELAR DEFERIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO. AGRAVANTE QUE DEIXOU DE INFIRMAR FUNDAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA. ÔNUS QUE IMPEDE A ANÁLISE DAS RAZÕES DE MÉRITO DO RECURSO. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO QUANTO À PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. *Em conformidade com a sistemática legal de contracautela (Leis nºs 8.437/92, 9.494/97, 12.016/09 e art. 271 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça), em controvérsias infraconstitucionais, compete à Presidência do STJ suspender os efeitos de decisões concessivas de ordem mandamental ou que deferem liminar ou tutela antecipada proferidas, em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nessa competência estão incluídas as decisões proferidas em segundo grau de jurisdição que mantêm provimentos deferidos em primeira instância contra o poder público.*

2. Não há como analisar o mérito do recurso se o agravante não se desincumbiu do seu ônus de impugnar adequadamente motivo relevante da decisão recorrida. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido quanto à preliminar de incompetência da Presidência do Superior Tribunal de Justiça e, no mais, não conhecido.’ (AgRg na SLS 2.164/PA, Corte Especial, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 05.10.2016, DJe 21.10.2016 – grifei)

‘RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA CONFIGURADA. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONTRA DECISÃO DE RELATOR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO NO ÂMBITO DE TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. COMPETÊNCIA DA PRESIDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO ORDINÁRIA. MATÉRIA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL PARA EXAME DO PEDIDO SUSPENSIVO. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. *É do presidente do Superior Tribunal de Justiça a competência para o exame da medida de contracautela manejada contra decisão monocrática de relator no agravo de instrumento no âmbito de tribunal de segundo grau, sendo dispensável o exaurimento da via recursal.* Precedentes do STJ e do STF.

2. Possuindo a ação ordinária causa de pedir de natureza eminentemente infraconstitucional, por tratar da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, previsto no art. 9º da Lei nº 8.987/95 e nos arts. 40, inciso XI, e 41 da Lei nº 8.666/93, é de ser reconhecida a competência desta Corte Superior de Justiça para o exame do pedido suspensivo.

3. Reclamação que se julga procedente. Agravo interno do Município de Manaus/AM prejudicado.’ (Rcl 31.503/AM, Corte Especial, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 07.12.2016, DJe 15.12.2016 – grifei)

Nessa linha, a tradicional e pacífica jurisprudência deste Regional:

‘AGRAVO. SUSPENSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. GRAVE LESÃO AOS BENS TUTELADOS PELO ART. 4º DA LEI 8.437/92. COMPETÊNCIA. PRESIDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR

INDEFERINDO LIMINAR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. Havendo decisão no TRF do relator em agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida em primeira instância, a competência de eventual pedido de suspensão de liminar desloca-se para a presidência dos tribunais superiores. *O deslocamento da competência acontece mesmo quando a decisão no Tribunal indefere o pedido de liminar, mantendo a decisão proferida em primeira instância.* (ASL 2009.04.00.039204-5, Corte Especial, relator Desembargador Federal Vilson Darós, D.E. 09.12.2009)

‘AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. INTERPOSIÇÃO CONCOMITANTE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO RELATOR INDEFERINDO ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO. PRESIDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. Havendo decisão no Tribunal do relator de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida em primeira instância, a competência para apreciação de eventual pedido de suspensão de liminar desloca-se para a presidência dos tribunais superiores.’ (ASL 5012243-53.2011.4.04.0000, Corte Especial, relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 23.09.2011)

‘PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. SUSPENSÃO DE LIMINAR CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU PARA CONHECER DO INCIDENTE – COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO. INSUFICIENTE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Verificada a existência de decisão monocrática do relator do agravo de instrumento, o pedido de suspensão de liminar deve ser direcionado à presidência de tribunal nas instâncias superiores. 2. Agravo improvido.’ (ASL 5029846-95.2018.4.04.0000, Corte Especial, relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 25.10.2018)

‘AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. RECURSO PREJUDICADO. 1. Interposto recurso ou incidente processual vinculado à súplica recursal anteriormente ao pleito de suspensão e havendo pronunciamento judicial, quer seja monocrático, quer seja do órgão *ad quem*, perfectibiliza-se a incompetência desta Presidência para sua apreciação, em face da inexistência de competência suspensiva horizontal. Precedentes. 2. Havendo o protocolo de suspensão de liminar, de sentença ou de segurança e, *a posteriori*, interposto recurso ou pedido de atribuição de efeito suspensivo a apelo em autos próprios, a decisão do relator ou do colegiado configura a substituição do *decisum* objeto do procedimento de contracautela, acarretando a perda superveniente do seu objeto. 3. Neste caso, restou exarada decisão monocrática por membro deste Tribunal nos autos do pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação cível, interposta em face da sentença objeto deste incidente de suspensão, e cujo requerimento foi apresentado posteriormente ao protocolo da exordial deste incidente. Por conseguinte, averigua-se a perda de seu objeto, e, desse modo, o presente recurso resta prejudicado. 4. Recurso prejudicado.’ (ASL 5019730-93.2019.4.04.0000, Corte Especial, minha relatoria, juntado aos autos em 13.10.2019)

O entendimento em tela justifica-se porque não há falar em competência suspensiva horizontal, é dizer, havendo decisão de órgão que compõe esta Corte, a Presidência não tem jurisdição para reformá-la, cassá-la ou suspender seus efeitos. *Em outras palavras, com a*

análise do decisum recorrido em juízo monocrático ou pela turma ou seção competente, a decisão objeto do pedido de suspensão não mais subsiste per se, porque substituída pelo pronunciamento do órgão revisor em face do efeito substitutivo dos recursos.

Nessa toada, é importante trazer à lume os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

‘O julgamento do mérito do recurso substitui a decisão recorrida. Verifica-se a substituição quando: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *in procedendo*), for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso. Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata, mas corrente, ‘confirme’ a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva, e não a decisão ‘confirmada’.’ (*Código de Processo Civil comentado*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 2.180)

No caso sub examine, a determinação para depósito mensal de parcela das receitas tarifárias percebidas pela requerente encontra fulcro na decisão exarada pelo relator do Agravo de Instrumento 5013724-70.2019.4.04.0000/PR.

Dessarte, fálce competência à Presidência para conhecer e processar o presente procedimento de contracautela, porquanto, se assim procedesse, estaria, de um lado, substituindo-se ao órgão colegiado ao qual compete a análise de mérito neste Tribunal, assim como, de outro, usurpando a competência dos tribunais superiores.

Ante o exposto, *não conheço* do pedido de suspensão dos efeitos da decisão liminar.”

A agravante não apresentou fato superveniente ou novel fundamento no bojo da insurgência recursal capaz de infirmar a decisão agravada.

O artigo 4º, *caput*, da Lei 8.437/1992 dispõe que compete ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução de liminar nas ações movidas em face do poder público ou de seus agentes, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e com o fito de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O artigo 180 do Regimento Interno desta Corte dispõe que o presidente poderá “suspender, em decisão fundamentada, a execução de liminar ou de sentença concessiva de mandado de segurança *proferida por Juiz Federal*”.

Por conseguinte, se, previamente ao ajuizamento da suspensão de liminar, houve, no âmbito deste Regional, apreciação do pronunciamento do juízo *a quo*, quer seja monocraticamente pelo relator, em sede de atribuição de efeito suspensivo à súplica recursal, quer seja pelo colegiado, a competência para exame do pedido de contracautela incumbirá ao Superior Tribunal de Justiça, quando envolver matéria infraconstitucional, ou ao Supremo Tribunal Federal, se constatado jaez constitucional.

Nesse sentido:

“PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMPREENDIMENTO VIÁRIO. MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINOU A PARALISAÇÃO PARCIAL DAS OBRAS. ATO JUDICIAL QUE CAUSA LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.

I – A competência para o processamento e o julgamento do pedido de suspensão é do presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento de eventual recurso cabível para desafiar decisão cujos efeitos se busca sobrestar. No caso, mantida a medida liminar pelo tribunal a quo, está inaugurada a competência do Superior Tribunal de Justiça para o exame do presente pedido de suspensão, afastando-se a preliminar de incompetência.

II – A execução de medida liminar deferida em desfavor do poder público pode ser suspensa pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça, quando a ordem tiver o potencial de causar grave lesão aos bens tutelados pela legislação de regência, a saber, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nesse contexto, o respectivo cabimento é, em princípio, alheio ao mérito da causa, voltando-se à preservação do interesse público.

III – Espécie em que a manutenção do ato judicial prolatado contra o poder público, com a determinação de paralisação das obras em trecho do empreendimento viário *sub judice* – cuja implantação foi precedida de estudos técnicos efetivados por órgãos públicos responsáveis pela proteção ambiental –, causa grave lesão à ordem e à economia públicas.

IV – A prudência recomenda o controle judicial do ato administrativo após a indispensável dilação probatória. Agravos regimentais desprovidos.” (STJ, AgRg na SLS 2.032/SP, Corte Especial, relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 18.11.2015, DJe 16.12.2015, grifei)

“AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. INCOMPETÊNCIA DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO PRESERVADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Interposto recurso ou incidente processual vinculado à súplica recursal anteriormente ao pleito de suspensão e havendo pronunciamento judicial, quer seja monocrático, quer seja do órgão *ad quem*, perfectibiliza-se a incompetência desta Presidência para sua apreciação, porquanto não apresenta competência suspensiva horizontal. Precedentes. 2. Por outro lado, havendo o protocolo de suspensão de liminar ou de sentença, e, posteriormente, interposto recurso ou pedido de atribuição de efeito suspensivo a apelo em autos próprios, a decisão do relator ou do colegiado configura a substituição do *decisum* objeto do procedimento de contracautela, acarretando a perda superveniente do seu objeto. 3. No caso em comento, ausente competência da Presidência para processar e julgar o incidente de suspensão de segurança, haja vista a interposição e a análise do pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação cível antes do seu protocolo. Portanto, a decisão que não conheceu da suspensão proposta não comporta reforma. 4. Agravo interno desprovido.” (TRF4, Agravo Interno em Suspensão de Segurança 5034340-66.2019.4.04.0000, minha relatoria, juntado aos autos em 19.12.2019)

Pois bem.

No caso *sub examine*, a recorrente almeja a suspensão da liminar exarada pelo magistrado primevo, que determinou o depósito mensal de parte da receita tarifária auferida pela ora requerente, sendo (a) 33%

(trinta e três por cento) do montante obtido a partir da operação das quatro praças de pedágio previstas no contrato original de concessão e (b) 60% (sessenta por cento) da renda percebida com o pedágio da Lapa.

Com efeito, os aludidos depósitos foram determinados pelo juízo *a quo alternativamente* aos pleitos do Ministério Público Federal de desinstalação do pedágio da Lapa e de bloqueio de bens, em monta mínima de R\$ 4.436.344.847,94, visto que, na compreensão do magistrado, resguardariam a tutela jurisdicional objeto da demanda, isto é, seu resultado útil.

O órgão ministerial interpôs agravo de instrumento, irresignado com a decisão prolatada, colimando que os pedidos liminares constantes da exordial da ação civil pública restassem deferidos na sua integralidade. É dizer, insurgiu-se, inclusive, quanto à determinação dos depósitos mensais nos termos referidos *supra*.

O recurso foi distribuído ao Desembargador Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, que deferiu, em parte, o pedido de antecipação da tutela recursal, determinando a redução do valor das tarifas de pedágio em 25,77% (evento 4, DESPADEC1, dos autos do Agravo de Instrumento 5013724-70.2019.4.04.0000). Logo, manteve, no restante, o quanto decidido pelo juiz singular.

Dessarte, é cristalino que os depósitos mensais cuja suspensão requer a empresa Cadop foram mantidos em pronunciamento monocrático do relator do agravo de instrumento, anteriormente ao ajuizamento do incidente de suspensão de liminar.

A compulsoriedade na realização destes restava amparada em decisão de membro deste Tribunal, diante do efeito substitutivo dos recursos, situação que não era alterada pela impossibilidade, naquela insurgência recursal, de afastá-los, em face da vedação ao *reformatio in pejus*.

Nessa senda, consoante exposto na decisão que não conheceu do pedido de suspensão de liminar, falece competência à Presidência para suspender os efeitos de pronunciamento judicial ratificado nesta Corte anteriormente ao ajuizamento da medida de contracautela, haja vista a inexistência de competência suspensiva horizontal.

De qualquer sorte, ainda que houvesse competência da Presidência no momento do protocolo da suspensão de liminar, restaria prejudicado seu exame.

Com efeito, se, no instante da análise da suspensão proposta ou do respectivo agravo interno, verificar-se que restou proferida decisão – monocrática ou colegiada – sobre o pronunciamento judicial em debate no incidente de contracautela, *após* o ajuizamento deste, haverá perda superveniente de objeto, visto que o *decisum* exarado no âmbito deste Tribunal o substitui, não subsistindo mais *per se* a decisão do juízo *a quo* (TRF4, SUEXSE 5019730-93.2019.4.04.0000, Corte Especial, minha relatoria, juntado aos autos em 13.10.2019).

Em 10.02.2020, a ora recorrente, Caminhos do Paraná S.A., interpôs agravo de instrumento, autuado sob o nº 5005007-35.2020.4.04.0000, requerendo a atribuição de efeito suspensivo à súplica recursal, colimando a suspensão da decisão que determinou os depósitos mensais supracitados, assim como a apresentação de plano de devolução do valor arrecadado pela praça de pedágio da Lapa (evento 1, INIC1, dos autos 5005007-35.2020.4.04.0000/PR).

O Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, atual relator das insurgências recursais em face da assunção, pelo Desembargador Federal Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle, da Vice-Presidência deste Regional, indeferiu, em 29.04.2020, o pleito de efeito suspensivo (evento 3, DESPADEC1, *idem*).

Nessa toada, mesmo que houvesse competência desta Presidência para apreciar a suspensão da liminar no instante do seu ajuizamento, o que, como visto alhures, não é a hipótese, deveria ser reconhecida a perda superveniente de objeto nesta Corte, haja vista a decisão monocrática prolatada no Agravo de Instrumento 5005007-35.2020.4.04.0000, interposto pela Cadop, que ratificou o quanto decidido pelo magistrado primevo.

Por conseguinte, na esteira de consolidada jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, a análise do pedido de suspensão apresentado compete às cortes superiores. Logo, a decisão que não conheceu do pedido de suspensão de liminar deveria ser preservada *in totum*, razão pela qual não comportaria provimento o agravo interno.

Todavia, posteriormente à inclusão do recurso em pauta, a agravante, em 24-6 p., trouxe a lume que o Superior Tribunal de Justiça analisou a Suspensão de Liminar nº 2.725, bem como, nos termos do pronunciamento judicial da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, suspendeu os efeitos da decisão que determinou à empresa Cadop a devolução dos valores

arrecadados com o pedágio da Lapa e a realização de depósitos mensais de parte das montas alcançadas com essa e com as outras 4 (quatro) praças de pedágio previstas no contrato original de concessão, advogando restar prejudicado o exame do presente recurso (evento 69, PET1, destes autos).

Com efeito, em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifico que o susodito incidente restou deflagrado em 25.05.2020 e, em 02.06.2020, o Ministro João Otávio de Noronha deferiu o quanto postulado, suspendendo os efeitos da decisão liminar prolatada no Agravo de Instrumento 5005007-35.2020.4.04.0000 até o trânsito em julgado da ação originária, *in verbis*:

*“CAMINHOS DO PARANÁ S.A. (Cadop) requer a suspensão dos efeitos de duas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4): a primeira, pelo desembargador federal relator do Agravo de Instrumento nº 5005007-35.2020.4.04.0000/PR, **que indeferiu pedido de atribuição de efeito suspensivo ao mencionado recurso**; a segunda, pelo presidente do Tribunal, que não conheceu da Suspensão de Liminar nº 5053865-34.2019.4.04.0000/PR. Esses julgados mantiveram obrigação imposta nos autos da Ação Civil Pública nº 5002534-62.2019.4.04.7000, em que se questiona a licitude de aditivos de contrato de concessão de exploração rodoviária referente ao Lote 4 do anel de integração do Estado do Paraná, de depositar em juízo a importância equivalente a 33% do faturamento em quatro praças de pedágio e a 60% em outra, bem como de devolver ao poder concedente o valor estimado de R\$ 700 milhões em plano a ser aprovado pelo juízo de origem.*

Da decisão proferida no AI nº 5005007-35.2020.4.04.0000/PR, extrai-se o seguinte trecho (fls. 182-183):

[...]

Alega a requerente que referida decisão liminar atenta contra a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Afirma que, na SLS nº 2.513/PR, ajuizada em 08.05.2019, demonstrou o impacto negativo da liminar deferida no mesmo processo originário que lhe impusera a redução linear da tarifa em 25,77%, tendo a Presidência do STJ, naquela oportunidade, deferido o pedido de suspensão.

Argumenta que a presente situação é ainda mais grave do que a anterior, uma vez que a ordem de retenção judicial de parte considerável de seu faturamento – 33% do montante auferido com a exploração de quatro praças de pedágio e 60% da renda advinda de praça específica –, acrescida da devolução de R\$ 700 milhões (ainda que em parcelas), irá estancar suas receitas, restringindo, de forma severa, sua capacidade financeira e impossibilitando a prestação de serviços imprescindíveis à segurança dos usuários das rodovias sob sua concessão.

Aduz ter realizado seis depósitos judiciais desde dezembro de 2019, totalizando mais de R\$ 65 milhões, e já ter apresentado ao juízo plano de devolução de R\$ 150 milhões, considerando a necessária dedução dos custos operacionais, fiscais, etc., plano que vem sendo cumprido, a despeito de ainda não haver sido acolhido pelo magistrado de primeiro grau.

Relata que, no dia 15 de maio, protocolizou ofício no DER/PR para comunicar a impossibilidade de realização das obras de manutenção de 50% das rodovias administradas,

conforme cronogramas previstos para maio e junho de 2020, percentual que será de 100% em julho, se mantidas as restrições judiciais.

Assevera que a interrupção, *sine die*, dos investimentos em manutenção, em virtude da ausência de receita que permita a continuidade dos serviços, tem impacto direto e negativo também na economia pública, uma vez que ‘o custo para os meses seguintes não só aumentará pelo menor tempo remanescente para executá-los, mas ante maior deterioração das condições da pista’ (fl. 23).

Salienta, por fim, que ‘a perspectiva de queda da receita pela pandemia [covid-19] certamente agrava o cenário crítico do caixa da concessão a partir de abril, com a sobreposição das determinações na ACP, de depósito mensal de parte da receita bruta (33%/60%) e de devolução dos valores arrecadados na praça da Lapa – atualmente de R\$ 150 milhões, a serem depositados até o fim da concessão, conforme cronograma apresentado nos autos’ (fl. 24).

É o relatório. Decido.

De pronto, não há o que decidir sobre a suspensão de liminar proposta na Presidência do TRF4, que, corretamente, não conheceu do pedido.

O deferimento da suspensão de liminar é condicionado à demonstração da ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Seu requerimento é prerrogativa de pessoa jurídica que exerce *munus* público, decorrente da supremacia do interesse estatal sobre o particular.

O caso em exame remete a situação similar, mas não idêntica, à que ensejou pedido anterior da ora requerente, formulado na SLS nº 2.513/PR, em que se insurgia contra a decisão liminar proferida na mesma ação civil pública originária (ACP nº 5002534-62.2019.4.04.7000) que determinara a redução de 25,77% na tarifa de pedágio então praticada pela empresa como contraprestação dos serviços realizados.

Naquela oportunidade, deferi o pedido de suspensão porque, ao reduzir abruptamente a tarifa de pedágio em 25,77%, a decisão judicial não só interferia, de maneira precipitada, na normalidade do contrato de concessão, restringindo a capacidade financeira da concessionária e comprometendo a continuidade dos serviços de manutenção, restauração e duplicação de trechos de rodovias sob sua responsabilidade, como colocava em risco a segurança dos usuários. Esse cenário mostrava-se ainda mais preocupante quando se sabe que o Estado do Paraná não tinha e não tem condições de assumir os serviços em questão. Era inquestionável, assim, o interesse público envolvido na necessidade de resguardar a continuidade e a qualidade da prestação de serviço essencial à população.

Não vejo como deixar de reconhecer que a decisão aqui impugnada, embora diversa na destinação em conta judicial dos valores controvertidos, acaba por ter consequência semelhante ao privar a concessionária de percentual significativo do faturamento – ou pelo menos ao torná-lo inacessível –, valores mais expressivos do que aqueles representados pela redução tarifária que foi objeto do feito precedente.

Não se nega, aqui, a fundamentação robusta das decisões de primeiro e segundo graus, além da necessidade de se resguardar o resultado útil da ação civil pública originária com a adoção de providências cautelares/anticipatórias destinadas a assegurar a reposição aos cofres públicos de valores eventualmente desviados pelos réus. Contudo, tal medida há de ser implementada com base em acurado senso de proporcionalidade e razoabilidade, sobretudo em situações da espécie, em que os interesses particulares da empresa concessionária se apequenam diante da magnitude do bem jurídico contraposto no autos, consubstanciado

especialmente na segurança de todo o universo de pessoas que, cotidianamente, trafegam pelas rodovias sob sua administração.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender, até o trânsito em julgado do feito originário, os efeitos da decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento nº 5005007-35.2020.4.04.0000/PR.” (grifei)

Considerando que a matéria cujo exame a ora agravante pretende neste Regional, em sede de suspensão de liminar, já restou apreciada pelo Tribunal da Cidadania, bem assim o deferimento do quanto postulado naquela Corte, fica prejudicada a análise da irresignação recursal em apreço.

Ante o exposto, voto no sentido de *julgar prejudicado* o agravo interno.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5066952-10.2013.4.04.7100/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti

Apelante: Eli Monteiro da Rosa (réu)

Advogado: Dr. Fabiano de Bem da Rocha

Apelada: Osmar Ferreira Labres – ME (autora)

Advogado: Dr. Claudio Babot Gomes

Apelado: Osmar Ferreira Labres (autor)

Advogado: Dr. Claudio Babot Gomes

Interessada: Eli Monteiro da Rosa – ME (ré)

Advogado: Dr. Fabiano de Bem da Rocha

Interessado: Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI (réu)

EMENTA

Ação de nulidade de marca: competência da Justiça Federal. Ações relativas ao nome empresarial e à concorrência desleal: competência da Justiça Estadual.

Cabe à Justiça Federal julgar apenas ações de nulidade de marca, com a intervenção do INPI no feito, inclusive as medidas antecipatórias ou cautelares correspondentes, enquanto cabe à Justiça Estadual julgar as ações que envolvam o nome empresarial ou discutam concorrência desleal. Tese fixada pelo STJ no REsp-repetitivo nº 1.527.232, em 13.12.2017.

Ação de nulidade de marca. Prescrição.

Prescreve em cinco anos, a partir do ato de concessão do INPI, a ação para decretação da nulidade de marca, não estando demonstrado que o beneficiário do registro tenha agido de má-fé.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencidos a Desembargadora Federal *Maria de Fátima Freitas Labarrère* e o Juiz Federal *Francisco Donizete Gomes*, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de maio de 2020.

Des. Federal *Rômulo Pizzolatti*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti: Osmar Ferreira Labres – ME, firma individual, titular Osmar Ferreira Labres (nascimento 09.09.1937) e outros ajuizaram, em 29.05.2012, originalmente perante a Justiça Estadual, uma *ação ordinária* contra *Eli Monteiro da Rosa – ME*, firma individual, titular Eli Monteiro da Rosa (nascimento 01.11.1962) e outros, ao fundamento de que os réus teriam usurpado aos autores o nome comercial *Cachorro Quente do Rosário*, além de fazerem concorrência desleal, com isso lhes causando dano material e moral.

Diz o autor Osmar Ferreira Labres – ME que, desde 1966, explora uma carrocinha de produção e venda de cachorro-quente, localizada em Porto Alegre, na Praça São Sebastião, nº 2, ao lado da portaria do Colégio do Rosário, sendo o negócio conhecido nacionalmente como *Cachorro Quente do Rosário*. Relata que, em 1996, devido a problemas

de saúde, delegou a administração da carrocinha de cachorro-quente ao filho de criação, o réu Eli Monteiro da Rosa. Nessa época, eram vendidos em média 2.500 lanches por dia.

Acontece – prossegue o autor – que o réu Eli Monteiro da Rosa, percebendo a lucratividade do negócio construído pelo autor, e abusando da boa-fé deste, registrou no INPI como de sua propriedade a marca *Cachorro Quente do Rosário*, em 1999, passando a explorá-la em lojas que abriu em nome de filhos, esposa e outros familiares. Ao retomar a administração da carrocinha estacionada na Praça São Sebastião, nº 2, onde estabelecido o seu negócio, o autor teve de assumir dívida deixada pelo réu Eli de quase cem mil reais, além de ver-se obrigado a adotar o nome comercial *Cachorro Quente do R*.

Sustenta o autor que é titular do nome comercial *Cachorro Quente do Rosário*, em razão do uso prolongado no tempo, a despeito de não ter registro formal no INPI. Alega que o nome comercial é protegido pelo artigo 8º da Convenção de Paris, convalidada pelo Decreto nº 75.275, de 1975. Acrescenta que o registro da marca *Cachorro Quente do Rosário* pelo réu Eli foi obtido em flagrante ofensa ao inciso XIX do artigo 124 da Lei nº 9.279, de 1996. Diz que a posse prolongada do nome comercial *Cachorro Quente do Rosário* constitui meio de aquisição da marca, a qual, por isso mesmo, lhe foi indevidamente usurpada pelo réu Eli.

Alega o autor que o uso indevido de seu nome comercial Cachorro Quente do Rosário pelos réus constitui concorrência desleal, da qual decorreu dano patrimonial, como também moral.

Ao final, requer que seja acolhida a demanda para os seguintes efeitos:

“a.- reconhecer e decretar a má-fé, e por isso o ato ilícito, do 1º demandado no ato de registrar o nome comercial da empresa da qual era mandatário como marca da sua empresa à 2ª demandada, coibindo assim a concorrência desleal;

b.- reconhecer e declarar a nulidade do registro da marca vinculada ao nome comercial consagrado pelo autor a fim de que se reconheça a este a sua propriedade;

c.- reconhecer o direito exclusivo do autor em utilizar o nome comercial ‘CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO’;

d.- determinar a todos os réus que se abstenham de utilizar o nome comercial ‘CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO’ ou qualquer outro semelhante que induza o consumidor a achar/entender erroneamente que os lanches comercializados pelos réus têm a mesma origem e procedência dos lanches fabricados e comercializados pelo autor;

e.- fixar multa diária a ser paga por todos os demandados solidariamente para o caso de desobediência da proibição, em valor compatível ao faturamento diário de cada uma das empresas, de modo a tornar efetiva a não utilização do nome, por dia de descumprimento da ordem;

f.- determinar aos demandados, ainda, sob as mesmas penas, que retirem das lojas e dos sites alojados na Internet quaisquer propagandas, *outdoors*, *banners*, cartazes que induzam o consumidor a ideias de que essas lojas vendem o lanche de origem do autor, inclusive fazendo publicar em jornais de grande circulação como Zero Hora (ou similar) que os lanches produzidos e vendidos pelos réus não são os mesmos produzidos pelo autor, e ainda que este (autor) é titular do legítimo ‘CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO’, com base no inciso XII do artigo 56 do CDC;

g.- condenar solidariamente todos os demandados, já que se associaram indevidamente na exploração do nome comercial do autor, na medida em que são todos parentes, familiares e amigos do 1º r., constituindo-se num grupo econômico, a pagarem ao autor uma indenização por danos materiais, que espera que seja fixada em patamares equivalentes ao faturamento de cada uma das empresas durante o período em que estão funcionando sob o nome comercial ‘CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO’, como forma de compensar os lucros que o autor deixou de obter no período de utilização, pelos réus, de seu nome comercial;

h.- reconhecer o dano moral sofrido pelo autor a fim de fixar indenização no montante total equivalente a um ano de faturamento, a ser pago solidariamente pelos demandados, em valor a ser fixado pelo MM. juízo;

i.- reconhecer desde logo que, em caso de insolvência das pessoas jurídicas, responderão os sócios e titulares destas, com seu patrimônio pessoal, para com as indenizações devidas em face das condenações pretendidas;

j.- em face do reconhecimento judicial do direito exclusivo do 1º autor em utilizar o nome comercial ‘CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO’, que seja determinado ao seu detentor formal no INPI, sob pena do cometimento de crime de desobediência, que transfira, sem qualquer ônus, a titularidade integral e exclusiva da marca ao 1º autor como forma de impedi-lo de continuar causando prejuízos aos autores;

k.- seja dada vista do presente feito ao representante do Ministério Público, a fim de que verifique o *parquet*, se assim entender configurado, a prática, pelo 1º r., do tipo penal previsto no artigo 196, inciso III, do CPB ao registrar a marca comercial do autor, com o intuito de carrear para si e suas empresas a clientela deste.”

Citados, os réus contestaram.

O INPI, em sua contestação, alega ser parte ilegítima para a causa, e que só lhe cabe intervir na qualidade de assistente da parte requerida. Em seguida, alega que está prescrita a ação para a nulidade do registro da marca, nos termos do art. 174 da Lei nº 9.279, de 1996, pois o mais antigo dos registros atacados (nº 822366525) foi depositado pela empresa Eli Monteiro da Rosa ME em 30.12.1999 e concedido em 03.05.2005, enquanto a ação foi ajuizada apenas em 29.05.2012. No mérito propriamente, diz que é inaplicável ao caso o óbice do art. 124,

V, da Lei da Propriedade Industrial (LPI), uma vez que os documentos de constituição e de comprovação de inscrição e de situação cadastral, trazidos com a inicial, bem como os alvarás por ele apresentados, não fornecem elementos de convicção para comprovar a utilização do sinal *Cachorro Quente do Rosário* como denominação social ou título de estabelecimento em data anterior ao depósito dos pedidos de registro de marca pela parte-ré no INPI. Tampouco é o caso de direito de precedência do autor a registro da marca, na forma do art. 129, § 1º, da LPI, pois deveria ter sido exercido oportunamente na via administrativa, o que não fez.

Ao final, foi proferida sentença, cujas partes conclusiva e dispositiva vão assim transcritas:

“CONCLUSÃO

De tudo o que foi analisado, concluo por:

a) condenar o INPI à obrigação de fazer consistente nos cancelamentos dos registros relativos à marca *CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO*, que foi deferida, indevidamente, em favor de *Eli Monteiro da Rosa ME* (empresa da qual *Eli Monteiro da Rosa* é sócio majoritário). Prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão;

b) condenar o INPI à obrigação de fazer consistente na averbação, em seu banco de dados, do nome comercial *CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO* em favor de *Osmar Ferreira Labres* e *Osmar Ferreira Labres ME*. Prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão;

c) condenar *Eli Monteiro da Rosa* e *Eli Monteiro da Rosa ME*, solidariamente, ao pagamento de indenização, a título de danos materiais, em favor de *Osmar Ferreira Labres* e *Osmar Ferreira Labres ME*, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), acrescidos dos consectários de lei (juros e correção monetária), de acordo com o Manual de Procedimentos e Cálculos da Justiça Federal;

d) condenar *Eli Monteiro da Rosa* e *Eli Monteiro da Rosa ME*, solidariamente, ao pagamento de indenização, a título de danos morais, em favor de *Osmar Ferreira Labres* e *Osmar Ferreira Labres ME*, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), acrescidos dos consectários de lei (juros e correção monetária), de acordo com o Manual de Procedimentos e Cálculos da Justiça Federal;

e) condenar *Eli Monteiro da Rosa* e *Eli Monteiro da Rosa ME* à obrigação de fazer consistente na retirada do sinal distintivo *CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO* de todos os seus pontos de venda, inclusive sítios eletrônicos, e de todas as formas de propaganda, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão;

f) condenar *Eli Monteiro da Rosa* e *Eli Monteiro da Rosa ME*, *pro rata*, ao pagamento de verba honorária, em favor do patrono da parte-autora, que fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a teor do art. 20, *caput* e §§ 3º e 4º, *c/c* art. 21, ambos do CPC;

g) condenar o INPI ao pagamento de verba honorária, em favor do patrono da parte-autora, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), a teor do art. 20, *caput* e §§ 3º e 4º, *c/c* art. 21, ambos do CPC;

h) diante da sucumbência em pequena proporção da parte-autora, deixo de condená-la nos ônus respectivos.

IV – DISPOSITIVO

Ante o exposto, afasto as preliminares de ilegitimidades ativa e passiva, afasto as preliminares de ausência de interesse de agir e de impossibilidade jurídica do pedido, afasto a preliminar de prescrição e julgo, no mérito, procedente, em parte, a presente ação, tudo nos termos da fundamentação.

Os requeridos *Eli Monteiro da Rosa* e *Eli Monteiro da Rosa ME* restam condenados, *pro rata*, a pagar verba honorária, em favor do patrono da parte-autora, a qual fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a teor do art. 20, *caput* e §§ 3º e 4º, combinado ao art. 21, ambos do CPC, devidamente atualizada pelos índices oficiais. Deverão, também, ressarcir metade do valor das custas judiciais adiantadas pela parte-autora, devidamente atualizadas pelos índices oficiais.

O requerido *INPI* resta condenado ao pagamento de verba honorária em favor do patrono da parte-autora, a qual fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), a teor do art. 20, *caput* e §§ 3º e 4º, combinado ao art. 21, ambos do CPC, devidamente atualizada pelos índices oficiais. Deverá, do mesmo modo, ressarcir metade do valor das custas judiciais adiantadas pela parte-autora, devidamente atualizadas pelo índices oficiais.

Reexame necessário.”

Apelam os vencidos, alegando, inicialmente, incompetência da Justiça Federal para as ações que não respeitam à nulidade da marca. Depois sustentam ilegitimidade da causa do réu pessoa física. Sustentam que a sentença decidiu fora do que foi pedido. Dizem que a ação de nulidade da marca está prescrita. Alegam que inexistente o pretendido direito à nulidade da marca. Negam haver concorrência desleal. Questionam a condenação ao pagamento de indenização.

Com resposta dos apelados, vieram os autos a este tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti:

1. Competência da Justiça Federal

Como se vê dos pedidos formulados pelos autores, transcritos acima no relatório, há apenas um pedido que envolve a autarquia federal INPI (“b.- reconhecer e declarar a nulidade do registro da marca vinculada ao nome comercial consagrado pelo autor a fim de que se reconheça a este a sua propriedade”), sendo os demais pedidos dirigidos exclusivamente contra particulares.

Ora, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já assentou, em julgamento de recurso especial repetitivo – vinculante para os juízes e os tribunais inferiores (Cód. de Proc. Civil, art. 927, III) –, que à Justiça Federal cabe julgar apenas a ação de nulidade de registro de marca e medidas cautelares ou antecipatórias a ela correspondentes, cabendo à Justiça Estadual julgar as ações atinentes à concorrência desleal, ao nome comercial, a *trade dress*, ações indenizatórias e quejandos. Confira-se o texto da tese estabelecida no julgamento do *REsp n° 1.527.232-repetitivo*:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. *TRADE DRESS*. CONJUNTO-IMAGEM. ELEMENTOS DISTINTIVOS. PROTEÇÃO LEGAL CONFERIDA PELA TEORIA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL. REGISTRO DE MARCA. TEMA DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, DE ATRIBUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE AUTARQUIA FEDERAL. DETERMINAÇÃO DE ABSTENÇÃO, POR PARTE DO PRÓPRIO TITULAR, DO USO DE SUA MARCA REGISTRADA. CONECTÁRIO LÓGICO DA INFIRMAÇÃO DA HIGIDEZ DO ATO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. *A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: as questões acerca de trade dress (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas afins, por não envolverem registro no INPI e cuidando-se de ações judiciais entre particulares, são inequivocamente de competência da Justiça Estadual, já que não afetam interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.*

2. No caso concreto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda., remetendo à Quarta Turma do STJ, para prosseguir-se no julgamento do recurso manejado por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A.” (*REsp n° 1.527.232/SP*, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 13.12.2017, DJe 05.02.2018; grifou-se trecho para destaque)

Por outro lado, o STJ tem reafirmado o entendimento – inclusive no âmbito do direito marcário – de que não é admissível a cumulação, no mesmo processo, de pedido(s) de competência da Justiça Federal com pedido(s) de competência da Justiça Estadual. Confira-se:

“DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAR PEDIDO DE PERDAS E DANOS DECORRENTES DO USO DA MARCA, DE CUJO REGISTRO SE PRETENDE A ANULAÇÃO. LIDE QUE NÃO ENVOLVE A UNIÃO, AUTARQUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REGISTRO DA MARCA ‘CHEESE.

KI.TOS’, EM QUE PESE A PREEXISTÊNCIA DO REGISTRO DA MARCA ‘CHEE. TOS’, AMBAS ASSINALANDO SALGADINHOS *SNACKS*, COMERCIALIZADOS NO MESMO MERCADO. IMPOSSIBILIDADE, VISTO QUE A COEXISTÊNCIA DAS MARCAS TEM O CONDÃO DE PROPICIAR CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO AO CONSUMIDOR.

1. A autora pretende cumular duas ações: a primeira a envolver a nulidade do registro marcário, obtido pela empresa ré e efetuado pelo INPI, e a segunda buscando a reparação dos danos alegadamente causados pela sociedade ré, isto é, lide que não envolve a autarquia. *Dessarte, como o artigo 292, § 1º, II, do CPC restringe a possibilidade de cumulação de pedidos, admitindo-a apenas quando o mesmo juízo é competente para conhecer de todos, e o artigo 109, I, da Constituição Federal prevê que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, é descabida a cumulação, sob pena de usurpação da competência residual da Justiça Estadual.*

(...)” (REsp 1.188.105/RJ, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05.03.2013, DJe 12.04.2013; grifou-se trecho para destaque)

Nessas condições, cabe conhecer apenas da ação correspondente ao pedido “*b.- reconhecer e declarar a nulidade do registro da marca vinculada ao nome comercial consagrado pelo autor a fim de que se reconheça a este a sua propriedade*”, de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 175 da Lei da Propriedade Industrial – LPI (“A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”), restando aos autores, em consequência, deduzir os demais pedidos (alíneas *a, c, d, e, f, g, h, i, j e k*) diretamente perante a Justiça Estadual.

2. Legitimidade do apelante e do apelado pessoas físicas e legitimidade do INPI

Tratando-se de ação que visa à decretação de nulidade de marca, partes legítimas são os *empresários* que a disputam, ou seja, Osmar Ferreira Labres – ME, como autor, e Eli Monteiro da Rosa – ME, como réu. Ocorre que, sendo esses *empresários* titulares de *firma individual*, confunde-se a figura do *empresário* com a da *pessoa física*, ou, dito de outro modo, são a mesma coisa. Então, tem-se aqui um caso de redundância, mas não de ilegitimidade.

Por outro lado, observo da petição inicial que nenhuma conduta foi imputada ao INPI, nem sequer sua citação foi requerida pelos autores. Na verdade, o INPI veio a ser citado por determinação judicial *ex officio* (autos originários, evento 14). Por conseguinte, o INPI não está legiti-

mado como *litisconsorte passivo necessário*, como parece ter entendido a sentença, devendo intervir no feito na condição de *assistente especial*, caso em que, mesmo decretada a nulidade da marca, não poderá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios. É, com efeito, da jurisprudência do STJ:

“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 nº 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, na fiscalização e na 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 anulatória 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 nº 1.264.644/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.06.2016, DJe 09.08.2016; grifaram-se trechos para destaque)

3. Distinções terminológicas necessárias

Antes de prosseguir no exame da causa, é necessário distinguir os três termos especializados mobilizados pelos atores processuais, tanto mais que foram objeto de grande confusão, tanto na petição inicial quanto na sentença: (1) *marca*, (2) *nome empresarial* (ou *nome comercial*) e (3) *título de estabelecimento*. Aliás, a sentença acabou determinando que o INPI averbasse o “nome comercial” *Cachorro Quente do Rosário* em favor dos autores, o que é juridicamente impossível, visto que o órgão ao qual cabe o registro do nome comercial é a Junta Comercial, enquanto o INPI registra marcas.

Para não incorrer em erro, valho-me das lições do renomado comercialista Fábio Ulhoa Coelho, professor titular da PUC/SP:

“O nome empresarial e a marca reportam-se a diferentes ‘objetos semânticos’. O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica), enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços. Sob o ponto de vista econômico e mercadológico, é oportuno e vantajoso adotar-se, nos dois designativos, o mesmo núcleo linguístico. Assim, o ‘Banco Itaú S/A’ é o nome empresarial que identifica o sujeito de direito titular da marca de serviços bancários ‘Itaú’. Para o direito, no entanto, é irrelevante se há ou não identidade linguística. A proteção dispensada a cada designativo será prevista no correspondente regime jurídico. São quatro as diferenças entre esses regimes: a) órgão registrário; b) âmbito territorial da tutela; c) âmbito material; d) âmbito temporal.

O primeiro elemento distintivo entre a proteção do nome e a da marca diz respeito ao órgão em que são registrados. A proteção ao nome empresarial deriva da inscrição da firma individual, ou do arquivamento do ato constitutivo da sociedade, na Junta Comercial, ao passo que a da marca decorre do registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Um não substitui o outro, em nenhuma hipótese. Só têm proteção o nome empresarial arquivado na junta e a marca registrada no INPI.

(...)

Além da marca e do nome empresarial, o direito industrial cuida de uma terceira categoria de sinal distintivo: o título de estabelecimento. Trata-se de designação que o empresário empresta ao local em que desenvolve sua atividade. Por exemplo: quando o consumidor se dirige à agência do ‘Banco Itaú S/A’, encontra-a identificada pela expressão ‘Itaú’. É este o título do estabelecimento, o designativo referente ao lugar do exercício da atividade. A expressão linguística do título não precisa coincidir com o núcleo do nome empresarial, nem com a marca. (...)

(...) Como, por outro lado, não existe atualmente registro do título do estabelecimento – ele existiu, no Brasil, entre 1934 e 1967, e produzia efeitos restritos ao âmbito do município –, a prova da anterioridade, no uso do sinal distintivo, pode ser feita por testemunhas ou documentos de qualquer gênero.” (COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 181, 183 e 184)

4. Prescrição da pretensão à declaração de nulidade de registro de marca

Notícia o INPI, em sua contestação, que a concessão do registro da marca *Cachorro Quente do Rosário* à parte-ré se deu em 03.05.2005 (embora tenha sido depositado em 30.12.1999). Ocorre, todavia, que a presente ação foi ajuizada (originariamente perante a Justiça Estadual) somente em 29.05.2012. Assim, decorreram mais de 5 (cinco) anos entre a concessão do registro da marca e a dedução em juízo da pretensão à sua nulidade, do que decorre a prescrição de tal pretensão, por força do disposto no art. 174 da LPI (Lei nº 9.279, de 1996), *in verbis*: “Art.

174. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão”.

É bem verdade que esse prazo não se aplica quando se tratar de anular marcas cujo registro foi obtido de má-fé, caso em que incide o artigo 6, *bis*, 3, da Convenção da União de Paris de 1883 (CUP), conforme já assentou o STJ. Confira-se:

“RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA. PEDIDO DE NULIDADE DE REGISTRO COM BASE NA MÁ-FÉ. IMPRESCRITIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DA NOTORIEDADE DA MARCA AO TEMPO DO REGISTRO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 9.279/96 (art. 174) estabelece a prescrição quinquenal para a pretensão de nulidade do registro, tendo a Convenção da União de Paris de 1883 – CUP (art. 6 bis, 3) excepcionado a regra ao determinar que não haverá prazo para se anular as marcas registradas com má-fé.

2. As marcas notoriamente conhecidas (LPI, art. 136) e de alto renome (LPI, art. 125) mereceram uma especial proteção do legislador, notadamente em razão do princípio que as rege, de repressão ao enriquecimento sem causa, pelo aproveitamento econômico parasitário, já que o Brasil, na qualidade de país unionista, tem o dever de combater a concorrência desleal.

3. Assim, por gozarem de prestígio perante seu mercado atuante e o público em geral, o reconhecimento da marca como notoriamente conhecida ou de alto renome, por si só, atrai presunção relativa de má-fé (*rectius* uso indevido) por parte do terceiro registrador, cabendo prova em sentido contrário.

4. Tratando-se de marca notória, em razão do amparo protetivo diferenciado da norma – para fins de imprescritibilidade da ação anulatória –, basta ao requerente a demonstração de que a marca reivindicada era notoriamente conhecida, ao tempo do registro indevido, para obter, em seu favor, a inversão do ônus da prova da má-fé em face do requerido, anterior registrador, e, como reverso, a boa-fé do reivindicante.

5. Na hipótese, verifica-se que a recorrente não impugna o fundamento crucial que deu substrato à sentença e ao acórdão – inexistência de prova da notoriedade da marca no Brasil ao tempo do registro –, pois, repita-se, limitou-se a discutir a presunção de má-fé da recorrida, o que atrai a incidência da Súm. 283 do STF. Ademais, chegar a conclusão diversa do tribunal de origem, com relação à existência de provas que poderiam reconhecer a notoriedade da marca nos idos de 1975, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súm. 7 do STJ.

6. Recurso especial não provido.” (REsp nº 1.306.335/RJ, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.04.2017, DJe 16.05.2017; grifou-se trecho para destaque)

Não se deve, porém, confundir (1) a agilidade daquele que se adianta no pedir o registro de uma marca que outrem poderia ter pedido, mas demorou a fazê-lo, com (2) a conduta daquele que, sabendo ou não podendo desconhecer que uma marca já foi registrada em favor de

terceiro, ainda assim postula o registro de marca idêntica, buscando induzir em erro o órgão registral, em prejuízo de terceiro. Ora, apenas no segundo caso se pode falar de má-fé, porque esta consiste em conhecer-se ou não se poder desconhecer a existência de obstáculo à aquisição de um direito, como, por exemplo, o óbice do art. 124, XIX, da LPI (“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”). Já no primeiro caso inexistente obstáculo à aquisição do direito, não se cogitando, por isso mesmo, de má-fé.

Também não havia, no caso, como bem destacou o INPI, em sua contestação, o óbice ao registro da marca *Cachorro Quente do Rosário* em favor do réu Eli Monteiro da Rosa – ME constante do art. 124, V, da LPI (“reprodução ou imitação de elemento característico diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos”). Isso porque a designação “Cachorro Quente do Rosário” não era o nome comercial (ou empresarial) da firma individual Osmar Ferreira Labres (autos originários, evento 10, OUT3), pois o nome comercial ou empresarial de uma firma individual é o próprio nome do seu titular. Tampouco a expressão “Cachorro Quente do Rosário” era o título do estabelecimento do autor, visto que constituído de uma barraquinha de venda de cachorro-quente, sem qualquer placa ostensiva com os dizeres “Cachorro Quente do Rosário”: isso não só está comprovado por fotografia que acompanhou a inicial (autos originários, evento 10, FOTO4), mas é fato notório. Na verdade, a barraquinha de venda de cachorros-quentes do autor Osmar Ferreira Labres – ME não é conhecida pelos consumidores porto-alegrenses por ostentar placa ou faixa com o título “Cachorro Quente do Rosário”, mas o é precisamente por ser a única barraquinha de venda de cachorro-quente estacionada, há décadas, na frente do antiquíssimo educandário marista *Colégio do Rosário*. Por conseguinte, inexistente o óbice do art. 124, V, da LPI, sob esse ponto de vista também se descarta a possibilidade de má-fé na obtenção, pelo réu Eli Monteiro da Rosa – ME, da marca *Cachorro Quente do Rosário*.

Nem seria exagero dizer que, se má-fé houve, ela é imputável exclusivamente ao autor, o qual, podendo ter pedido o registro da marca

Cachorro Quente do Rosário ao INPI, desde os anos sessenta do século passado, só veio a reivindicá-la neste século, por meio da presente demanda, precisamente após saber que o réu estava prosperando em seus negócios.

Por tais razões, prescrita está, nos termos do art. 174 da LPI, a pretensão do autor Osmar Ferreira Labres – ME à decretação da nulidade da marca *Cachorro Quente do Rosário*, obtida pelo réu Eli Monteiro da Rosa – ME.

5. Conclusão

Impõe-se *pronunciar a prescrição* da pretensão veiculada na ação correspondente ao pedido “*b.- reconhecer e declarar a nulidade do registro da marca vinculada ao nome comercial consagrado pelo autor a fim de que se reconheça a este a sua propriedade*”, com base no artigo 174 da LPI, e *não conhecer das demais ações cumuladas*, por serem de competência da Justiça Estadual.

6. Encargos da sucumbência

Sendo inestimável o proveito econômico e muito baixo o valor da causa, fixo equitativamente os honorários advocatícios a serem pagos pelos autores em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil.

7. Dispositivo

Ante o exposto, voto por *dar provimento* à apelação.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: O voto do relator considera prescrita a ação, na parte em que esta busca a declaração da nulidade do registro da marca.

A respeito dos prazos prescricionais, trago à colação, inicialmente, o acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

“RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA. PEDIDO DE NULIDADE DE REGISTRO COM BASE NA MÁ-FÉ. IMPRESCRITIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DA NOTORIEDADE DA MARCA AO TEMPO DO REGISTRO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 9.279/96 (art. 174) estabelece a prescrição quinquenal para a pretensão de nulidade do registro, tendo a *Convenção da União de Paris de 1883 – CUP (art. 6 bis, 3) excepcionado a regra ao determinar que não haverá prazo para se anular as marcas registradas com má-fé.*

2. As *marcas notoriamente conhecidas* (LPI, art. 136) e *de alto renome* (LPI, art. 125) mereceram uma especial proteção do legislador, notadamente em razão do princípio que as rege, de repressão ao enriquecimento sem causa, pelo aproveitamento econômico parasitário, já que *o Brasil, na qualidade de país unionista*, tem o dever de combater a concorrência desleal.

3. Assim, por gozarem de prestígio perante seu mercado atuante e o público em geral, *o reconhecimento da marca como notoriamente conhecida ou de alto renome, por si só, atrai presunção relativa de má-fé (rectius uso indevido) por parte do terceiro registrador*, cabendo prova em sentido contrário

4. Tratando-se de marca notória, em razão do amparo protetivo diferenciado da norma – para fins de imprescritibilidade da ação anulatória –, basta ao requerente a demonstração de que a marca reivindicada era notoriamente conhecida, ao tempo do registro indevido, para obter, em seu favor, a inversão do ônus da prova da má-fé em face do requerido, anterior registrador, e, como reverso, a boa-fé do reivindicante.

5. Na hipótese, verifica-se que a recorrente não impugna o fundamento crucial que deu substrato à sentença e ao acórdão – inexistência de prova da notoriedade da marca no Brasil ao tempo do registro –, pois, repita-se, limitou-se a discutir a presunção de má-fé da recorrida, o que atrai a incidência da Súm. 283 do STF. Ademais, chegar a conclusão diversa do tribunal de origem, com relação à existência de provas que poderiam reconhecer a notoriedade da marca nos idos de 1975, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súm. 7 do STJ.

6. Recurso especial não provido.” (REsp 1.306.335/RJ, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.04.2017, DJe 16.05.2017)

O voto do relator do aludido acórdão, Ministro *Luis Felipe Salomão*, tem o seguinte teor:

“VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (relator):

2. A controvérsia está em definir, para fins de obstar a fluência da prescrição em relação à ação de nulidade do registro de marca industrial notoriamente conhecida, em que constitui e de quem é o ônus da prova da alegada má-fé (item (3) do artigo 6º, *bis*, da Convenção da União de Paris – CUP).

A sentença acabou por reconhecer a prescrição da pretensão anulatória, *verbis*:

‘A alegação de prescrição envolve o exame da legislação anterior à Lei nº 9.279/96, visto que o registro que se pretende anular teve seu pedido depositado em 27.11.1975 e concedido em 10.11.1976 (fls. 893). Como aquele diploma legal vigorou até 1996, veja-se a disciplina que deu ao instituto da prescrição:

[...]

Ora, a concessão do registro marcário nº 006.477.887 deu-se em 10.11.1976 (fls. 893).

Assim, as alegações da autora no que se refere à pretensão de anular o referido registro com base em disposições legais tanto da Lei nº 5.772/71 quanto da Lei nº 9.279/96

esbarram inelutavelmente na regra impeditiva da prescrição extintiva prevista no art. 98 da Lei 5.772/71, repetida pelo art. 174 da Lei nº 9.279/96.

Sendo assim, declaro prescritas as pretensões da autora de anular o registro marcário nº 006.477.887 com base nos incisos V, XIX e XXIII do art. 124 da Lei nº 9.279/96.’ (fls. 1.024-1.025)

O acórdão recorrido confirmou a decisão, nos seguintes termos:

‘Como relatei, cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente pedido de nulidade da marca ‘RYDER’, com base nos artigos 6º, bis, item (3), e 8º da CUP.

Sentença que não merece reforma.

Deftui dos autos que a pretensão autoral se encontra indubitavelmente prescrita em razão do enorme lapso temporal ocorrido entre a data da propositura da ação (02.02.2006) e a data da expedição do registro, em 10.11.76, ou seja, mais de 30 anos, ultrapassando em muito o prazo concedido pela lei para desconstituição de título por vício de nulidade.

Assim, em que pese a alegação de que o registro foi efetuado com má-fé, na tentativa de impedir a incidência da prescrição com base no item (3) do artigo 6º, bis, da CUP, o fato é que nada nos autos – incluindo a prova pericial de fls. 789-852 – faz prova da notoriedade da marca ‘RYDER’ no Brasil por ocasião do registro da apelada, ou de que esta tivesse qualquer conhecimento do signo alienígena na data do depósito da marca.

De sorte que, não tendo a apelante logrado comprovar a má-fé da apelada, nem a caducidade da marca no período assinalado, impende confirmar a sentença, ressaltando, por oportuno, que a caducidade não dá azo à nulidade, e sim à extinção de título.

Com essas considerações, nego provimento ao apelo, confirmando a sentença.’

Do voto divergente extrai-se que:

‘Pelo que se tem aqui e consta do memorial, está transcrita uma resposta ao quesito número 8, que foi feito pelo próprio INPI: ‘Senhor perito, queira informar se há elementos de convicção suficientes que evidenciem que a primeira ré tinha conhecimento da existência da atividade da autora, à época do depósito da marca no INPI’. E a resposta: ‘Sim, uma vez que há documentos suficientes nos autos e este perito pode verificar na literatura especializada que o nome Ryder já era de amplo conhecimento e prestígio internacional, sendo um líder de mercado. Em inúmeras revistas especializadas na área de atuação da autora, inclusive internacionais, encontra-se referência direta à autora, bem como se pode apontar que a autora detém prêmios internacionais’.

Vossa Excelência considerou que esse quesito não era suficiente para entender que a autora não poderia deixar de conhecer a marca?

Chamo a atenção, acho até bastante interessante que, apesar de ser um registro antigo, que data de trinta anos, a nova LPI diz que é marca que o requerente não podia, evidentemente, deixar de conhecer. Quer dizer, a parte não tem que provar que ele conhecia; tem que provar que havia todos os meios para que ele tivesse conhecimento da marca, especialmente, naquele nicho específico de mercado. Apesar de isso ser uma norma recente, eu creio que se aplica também aos termos do antigo Código de Propriedade Industrial. *O que se pretende aqui com este ‘evidentemente não se poderia deixar de conhecer’ é proteger o princípio da boa-fé, que, principalmente nessa área empresarial, nessa área comercial, em todos os aspectos, é um princípio que tem que prevalecer sempre. Então, a proteção tem que ser, sempre, da boa-fé.*

Apesar de Vossa Excelência ter tido um contato muito mais próximo com os autos, eu acho que há, sim, um indício de má-fé. Como o nobre advogado disse da tribuna, Ryder é

o patronímico do empresário americano que criou a empresa. Não há um motivo para que a empresa brasileira fosse criar, gratuitamente, esse nome, sacar esse nome de um nada.

Há todos os indícios, sim, no meu modo de ver, pedindo a máxima vênia a Vossa Excelência, para entender que a má-fé restou comprovada, por conta disso, desses indícios todos. Nós aqui na área criminal lidamos, basicamente, com indícios, e acho que podemos trazer toda essa ideia dos indícios também para a área de propriedade industrial, especialmente, tendo o perito sido tão categórico nesse sentido – de que não há meios para que ela pudesse afirmar que não conhecia a marca, inclusive, naquela época, trinta anos atrás.

Pedindo a máxima vênia a Vossa Excelência, eu vou superar a prescrição e entender que está aplicável aqui, sim, o art. 6 bis (3) da Convenção da União de Paris.’ (fls. 1.099-1.100)

Verifica-se, pois, que o acórdão recorrido manteve, por maioria, a fundamentação exarada pela sentença, não se discutindo, no especial, a questão da caducidade da marca, ficando *a latere* eventual debate acerca do não exercício da atividade pela recorrida no mercado, até porque – conforme salientado pela sentença – não se apreciou o pedido de anulação com base nesse fundamento, seja por não haver pedido expresso, seja por ter havido requerimento administrativo anterior nesse sentido (fl. 1.022).

3. Nesse passo, como sabido, ‘a finalidade da proteção ao uso das marcas – garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI – é dupla: por um lado, protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art. 4º, VI, do CDC)’ (REsp 1.105.422/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 10.05.2011, DJe 18.05.2011).

O sistema jurídico pátrio adota o sistema atributivo para obtenção do registro de propriedade de marca. Prevê, também, num sistema de contrapesos, situações que originam direito de preferência à obtenção do registro, lastreadas na repressão à concorrência desleal e ao aproveitamento parasitário.

Com efeito, a própria Lei da Propriedade Industrial reprime a concessão de registros como marcas de: a) nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios (arts. 124, V, e 195, V); b) sinais que reproduzem marcas que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado em país com o qual o Brasil mantenha acordo, se a marca se destinar a distinguir produto idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia (art. 124, XXIII); c) marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade, nos termos do art. 6º bis (I) da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

Nesse sentido:

‘RECURSO ESPECIAL – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – NÃO OCORRÊNCIA – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – SISTEMA ATRIBUTIVO – ADOÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO – PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE MARCA – CONFUSÃO ENTRE OS CONSUMIDORES – POSSIBILIDADE – VALIDADE DE PEDIDO ANTERIOR EM TRÂMITE ADMINISTRATIVO – PRIORIDADE DE EXAME – RECURSO IMPROVIDO.

I – A arguição de ocorrência de prescrição não merece prosperar, porquanto a demanda foi ajuizada dentro do prazo quinquenal previsto no art. 174 da Lei de Propriedade Industrial.

II – O sistema jurídico pátrio adota o sistema atributivo, segundo o qual somente com o registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Nacional é que se garante o

direito de propriedade e de uso exclusivo ao seu titular, a não ser que se trate de marca notoriamente conhecida.

III – A similitude entre as marcas em discussão, destinadas à prestação de serviços no mesmo segmento mercadológico, qual seja, consultoria e estudos na área específica da geologia, além de comercializarem produtos e derivados minerais, é capaz de gerar confusão nos consumidores acerca da procedência dos produtos e da prestação dos serviços, configurando a hipótese de colidência prevista como impeditiva de registro.

IV – O registro de propriedade de marca adquire-se desde que observados os trâmites legais de validade. Ausência, *in casu*.

V – A existência de pedido anterior de registro de marca justifica seu exame prioritário, sob pena de se conferir registro de marca igual ou semelhante a outro requerente ainda pendente de decisão o primeiro pedido.

VI – Recurso especial improvido.’ (REsp 899.839/RJ, rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17.08.2010, DJe 01.10.2010)

Equivale dizer que, uma vez estando registrada a marca, não é possível sua utilização por terceiro antes de desconstituído o respectivo registro via ação própria (REsp 325.158/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 09.10.2006).

4. Por outro lado, estabelece o art. 174 da Lei nº 9.279/96 – LPI (repetindo a norma de regência da legislação anterior – Lei nº 5.772/71) que: ‘Art. 174. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão’.

A despeito da regra invocada, não se pode olvidar que, conforme previsão do art. 6 *bis* (3) da Convenção da União de Paris de 1883 – CUP (o Brasil, país signatário original, aderiu à Revisão de Estocolmo em 1992, pelo Decreto nº 635), não há falar em prazo para anulação de registro de marcas quando se estiver diante de conduta eivada de má-fé:

‘Art. 6 *bis* (1) Os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer administrativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado, e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, *de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares*. O mesmo sucederá quanto a parte essencial da marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão com esta.

Art. 6 *bis* (2) Deverá ser concedido um prazo mínimo de cinco anos, a contar da data do registro, para requerer cancelamento de tal marca. Os países da União têm a faculdade de prever um prazo dentro do qual deverá ser requerida a proibição de uso.

Art. 6 *bis* (3) *Não será fixado prazo para se reclamar a anulação das marcas registrada de má-fé.*’

Percebe-se, assim, que o regramento da questão ocorre pela incidência de dois normativos: a Lei de Propriedade Industrial, que estabelece a regra geral de prescrição do direito de ação de nulidade de marca, e a Convenção da União de Paris, que traz *regra especial, segundo a qual, ao restar evidenciada a utilização da má-fé, não corre prescrição da pretensão voltada à anulação do registro de marca.*

No tocante às regras de hermenêutica, muito embora não vislumbrando aqui nenhum conflito, nem mesmo aparente, bem destaca a doutrina:

‘É regra de hermenêutica que todo parágrafo ou inciso há de ser interpretado em consonância com o respectivo *caput*. O Direito é um todo, e não uma norma isoladamente considerada, fora de contexto. Lendo-se o item 3 do artigo 6 *bis* em conjunto com os dois primeiros itens desse dispositivo, conclui-se que *ele só se refere a marcas notoriamente conhecidas e que tenham sido usadas ou registradas de má-fé por outrem*.

Esses elementos tornam essa norma especial em relação à regra geral contida no caput e no parágrafo único do artigo 98 da Lei nº 5.772/71, bem como nos artigos 165 e 174 da Lei nº 9.279/96. Com efeito, ao prever o prazo quinquenal para pleitear-se a nulidade da marca, como observa José Roberto Gusmão, a lei brasileira não tratou diferentemente os registros que foram obtidos de boa-fé e os que foram com dolo.

*A Convenção de Paris, porém, fez essa distinção, introduzindo-a no direito positivo. A diferença de tratamento está, assim, expressamente prevista no ordenamento jurídico: ao intérprete, pois, cabe segui-la, não lhe sendo permitido ignorá-la. **A interpretação deve respeitar os diferentes limites de abrangência da norma especial e das normas gerais, evitando-se, de um lado, que o que é excepcional seja generalizado e, de outro, que a norma geral seja indistintamente aplicada no âmbito coberto pelas disposições especiais.***

*Ao estabelecer a imprescritibilidade para as ações de nulidade de marca fundadas em ofensa a marcas notoriamente conhecidas, cujos registros foram obtidos de má-fé, o artigo 6 bis da CUP constitui-se numa norma especial, que subtrai às regras gerais contidas na legislação brasileira uma parte de sua matéria, para submetê-la a regulamentação diferente. O prazo de cinco anos elencado nas Leis nºs 5.772/71 e 9.279/96 continua válido e eficaz, relativamente às outras causas de nulidade de registro de marca.’ (SCHMIDT, Lélío Denicoli. A Convenção de Paris e o direito interno: alguns aspectos. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 27, mar./abr. 1997. p. 7-8)*

Portanto, havendo marca notoriamente conhecida, e sendo seu registro eivado por ato de má-fé, deve-se ter como imprescritível a pretensão de anulação deste.

Entendimento, aliás, consagrado pela jurisprudência do STJ:

‘PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. RECURSO ESPECIAL. CADUCIDADE. CANCELAMENTO DE REGISTRO. INPI. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. PRESCRIÇÃO.

1. A marca constitui um sinal distintivo de percepção visual que individualiza produtos e/ou serviços. O seu registro confere ao titular o direito de usar, com certa exclusividade, uma expressão ou um símbolo, e a sua proteção, para além de garantir direitos individuais, salvaguarda interesses sociais, na medida em que auxilia na melhor aferição da origem do produto e/ou do serviço, minimizando erros, dúvidas e confusões entre usuários.

2. A Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial confere, no seu art. 6º, *bis*, proteção internacional às marcas notoriamente conhecidas, impedindo o registro ou determinando sua anulação, nos países integrantes da União, de marcas que constituam reprodução, imitação ou tradução suscetível de estabelecer confusão com aquela notória. *O prazo para requerer o cancelamento do registro é de 5 (cinco) anos (art. 6º, bis, 2), salvo a hipótese de má-fé, em que o requerimento de cancelamento do registro ou de proibição do uso poderá ser feito a qualquer tempo pelo interessado (art. 6º, bis, 3).*

3. Na hipótese, a recorrente insurge-se contra o ato administrativo do INPI que declarou o cancelamento do registro de marca ‘DIXIE & DESENHO’ por motivo de desuso (cadu-

cidade). Não se pretende o cancelamento ou a proibição de uso de marca notória registrada ou utilizada de má-fé por aquele que não seja o seu titular.

4. A Convenção da União de Paris, no seu art. 6º, *bis*, não trata da hipótese de anulação do ato que cancelou o registro da marca por desuso (caducidade).

5. Ainda que se aceite uma interpretação extensiva do dispositivo (art. 6º, *bis*, 3), para admitir sua aplicação às hipóteses em que a má-fé do terceiro está no desuso da marca, e não no seu uso, a tese da imprescritibilidade do requerimento para anulação do registro não convence. Ela não é a regra no direito brasileiro, sendo admitida somente em hipóteses excepcionalíssimas que envolvem direitos da personalidade, estado das pessoas, bens públicos. Os direitos patrimoniais, por sua vez, estão sujeitos aos prazos prescricionais do Código Civil ou das leis especiais.

6. Deve-se reconhecer a inaplicabilidade do disposto no art. 6º, *bis*, 3, da Convenção da União de Paris à hipótese.

7. Recurso especial desprovido.’ (REsp 1.149.403/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.08.2013, DJe 29.11.2013)

5. Ademais, há também a previsão disposta no art. 124, XXIII, da LPI, que veda o registro de sinal quando este se der com má-fé, ao prever que não é registrável como marca ‘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’.

Em razão de sua redação, como anota a doutrina:

‘A norma ora objeto de discussão, muito mais do que fixar, no domínio da propriedade industrial, o repúdio a atos de fraude, contém mecanismo de grande conteúdo pragmático: *inverte o ônus da prova de má-fé*, facilitando, com isso, a repressão a requerimentos espúrios que, de outra forma, poderiam permanecer impunes diante da complexidade ou até da impossibilidade de coleta de provas concludentes.

O dispositivo parte do princípio lógico de que os empresários atuantes em determinado setor não poderiam, razoavelmente, desconhecer a existência de certas marcas.’ (IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. *Comentários à Lei de Propriedade Industrial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 271)

6. Nessa ordem de ideias, conforme o art. 6º *bis* (3) da CUP e o art. 124, XXIII, da LPI, tendo em conta que o objeto efetivamente perseguido foi o reconhecimento da nulidade do registro da marca em razão da má-fé no momento registral, deverá ser sob essa ótica a análise da prescrição, isto é, tendo como premissa a ausência de prazo para sua alegação (imprescritibilidade).

Nesse sentido:

‘DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÃO E PARTILHA. BENS DOADOS PELO PAI À IRMÃ UNILATERAL E À EX-CÔNJUGE EM PARTILHA. DOAÇÃO INOFICIOSA. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL, CONTADO DA PRÁTICA DE CADA ATO. ARTS. ANALISADOS: 178, 205, 549 E 2.028 DO CC/16.

1. Ação declaratória de nulidade de partilha e doação ajuizada em 07.05.2009. Recurso especial concluso ao gabinete em 16.11.2011.

2. Demanda em que se discute o prazo aplicável a ação declaratória de nulidade de partilha e doação proposta por herdeira necessária sob o fundamento de que a presente ação teria natureza desconstitutiva, porquanto fundada em defeito do negócio jurídico.

3. *Para determinação do prazo prescricional ou decadencial aplicável, deve-se analisar o objeto da ação proposta, deduzido a partir da interpretação sistemática do pedido e da causa de pedir, sendo irrelevante o nome ou o fundamento legal apontado na inicial.*

4. A transferência da totalidade de bens do pai da recorrida para a ex-cônjuge em partilha e para a filha do casal, sem observância da reserva da legítima e em detrimento dos direitos da recorrida, caracteriza doação inoficiosa.

5. Aplica-se às pretensões declaratórias de nulidade de doações inoficiosas o prazo prescricional decenal do CC/02, ante a inexistência de previsão legal específica. Precedentes.

6. Negado provimento ao recurso especial.’ (REsp 1.321.998/RS, rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 07.08.2014, DJe 20.08.2014)

A controvérsia, portanto, está exatamente em definir se a conduta da recorrida – ao registrar a marca Ryder –, máxime por se estar diante de marca notoriamente conhecida em seu mercado de atuação, pode ser tida como eivada de má-fé, para fins de imprescritibilidade da pretensão.

No tocante especificamente às marcas notoriamente conhecidas (LPI, art. 136) e de alto renome (LPI, art. 125), estas mereceram especial proteção do legislador, especialmente em razão do princípio que as rege, de repressão ao enriquecimento sem causa, pelo aproveitamento econômico parasitário, já que o Brasil, na qualidade de país unionista, tem o dever de combater a concorrência desleal.

Com efeito, as marcas notórias por si são aptas a atrair clientela, independentemente dos produtos ou serviços a que se destinavam na origem, por gozarem de prestígio, fama e boa reputação, tendo recebido um tratamento protetivo especial pelo Direito brasileiro:

‘Art. 125. A marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade.

(...)

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade, nos termos do art. 6º *bis* (I) da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.’

Destaca-se que, apesar da aparente semelhança, ‘o conceito de marca notoriamente conhecida não se confunde com o de marca de alto renome. A primeira – notoriamente conhecida – é exceção ao princípio da territorialidade e goza de proteção especial independentemente de registro no Brasil em seu respectivo ramo de atividade. A segunda – marca de alto renome – cuida de exceção ao princípio da especificidade e tem proteção especial em todos os ramos de atividade, desde que previamente registrada no Brasil e declarada pelo INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial’ (REsp 1.114.745/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 21.09.2010).

Assim, gozando a marca de alto grau de reconhecimento por parte do círculo comercial de atuação e havendo comprovação do ato de má-fé e do ilícito no registro deferido, deve-se considerar imprescritível a pretensão para anular o registro da marca.

Deveras, ‘é, pois, necessário que se prove, além da notoriedade da marca impeditiva e das causas de nulidade do registro, que este foi obtido de má-fé. A má-fé é elemento intrínseco,

portanto, para que se goze da imprescritibilidade do direito de ação de nulidade' (ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. Imprescritibilidade da ação anulatória de registro de marca obtido de má-fé. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 80, jan./fev. 2006. p. 39).

No entanto, por gozar de prestígio e reconhecimento perante seu mercado atuante e o público em geral, penso que o reconhecimento desse atributo – notoriamente conhecida ou de alto renome –, por si só, acaba por atrair uma presunção relativa de má-fé (*rectius* uso indevido) por parte daquele terceiro que a registrou, apta a afastar a prescrição da pretensão anulatória, cabendo prova em sentido contrário.

É o enfoque da doutrina especializada:

'Pelo seu valor distintivo muito alto, é natural que o direito lhes conceda amparo especial. Trata-se de proteção objetiva: apurada a qualidade da marca, não há que se cogitar da questão de saber se de seu emprego não autorizado deriva enriquecimento ilícito. Basta o fato notoriedade para que se presuma o uso indevido.

[...]

O acentuado poder distintivo e o conseqüente valor econômico das marcas de alto renome impõem maior rigor no exame de pedidos de registro de sinais que com elas apresentam semelhança, pois é intuitivo que a possibilidade de confusão, associação ou, no mínimo, diluição toma proporções muito maiores.' (IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. Ob. cit., p. 277-280)

Nesse sentido, o próprio INPI, no Ato Normativo nº 123, de 08.08.94, apesar de revogado, estabelecia 'não constituir escusa a alegação de desconhecimento da verdadeira origem da marca requerida, quando, em função da atividade idêntica ou afim exercida, há presunção de que o depositante da marca impugnada deveria conhecê-la'.

E o direito comparado:

'Mesmo quando a verificação de má-fé exige o requisito técnico-jurídico do conhecimento por parte do requerente, esse requisito é presumido no caso de um depósito não autorizado de uma marca famosa. Nessa base, os proprietários da marca CAMPARI foram capazes de impedir a matrícula, na Turquia, de uma marca nominativa que incluía essa marca. A boa-fé do recorrente é medida na data de apresentação do pedido.' (PHILLIPS, Jeremy. *Trade mark law: a practical anatomy*. Nova York: Oxford University Press, 2003. p. 408, 452 e 586-588, *apud* http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/efeito_extraterritorial_marcas.pdf)

Deveras, como visto, é da exegese da própria LPI o repúdio a atos fraudulentos, acabando-se por inverter o ônus da prova da má-fé quando o intuito é facilitar a repressão de requerimentos espúrios, justamente por ser intuitivo que os empresários atuantes em determinado ramo não podem, de forma razoável, desconhecer a existência de marcas notórias em seu mercado de atuação.

Assim, em se tratando de marcas notórias, em razão do amparo protetivo diferenciado da norma que recebem – para fins de imprescritibilidade da ação anulatória –, bastará ao requerente a demonstração de que a marca reivindicada era notoriamente conhecida, ao tempo do registro indevido, para obter, em seu favor, a inversão do ônus da prova da má-fé em face do requerido, anterior registrador, e, como reverso da medalha, a boa-fé do reivindicante.

7. Na hipótese, o recorrente almeja o reconhecimento da presunção da má-fé da recorrida, para fins de afastar a incidência da prescrição de sua pretensão, independentemente de prova nesse sentido.

Ocorre que tanto a sentença como o acórdão, antes de ingressarem no âmbito da discussão da prova de má-fé e do ilícito do registro, apreciaram o pressuposto anterior, qual seja a notoriedade da marca no Brasil à época, para incidência de sua especial proteção. Na sentença:

‘[...] Há que se investigar, no caso concreto, a ocorrência ou não de má-fé, para, em caso positivo, admitir a perpetuidade da pretensão anulatória nos termos do art. 6 bis (3) da CUP. Sem má-fé comprovada, a pretensão à anulação é limitada no tempo.

No entanto, e isso é fundamental, antes de se examinar se a 2ª ré agiu ou não de má-fé, deve-se reconhecer a notoriedade da marca da autora em seu ramo de atividade no território onde pretende registrar sua marca.

Dentro desse contexto, a autora alega que a 2ª ré, por atuar em ramo de atividade afim ao seu, teria como conhecer a notoriedade da marca RYDER e, diante disso, agiu com má-fé ao requerer o depósito.

A proteção à marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade não é novidade no direito brasileiro. Foi instituída pela norma do art. 126 da Lei nº 9.279/96 (LPI), mas já havia disposição protetora no art. 6 bis da CUP (desde a revisão de Haia, como visto acima), e a jurisprudência admitia plenamente essa proteção ainda sob a vigência da Lei nº 5.772/71, conforme a seguinte ementa:

[...]

Então, em nosso sistema jurídico conviviam as duas regras de proteção de marca notória: a da CUP e a do art. 67 da Lei 5.772/71, *verbis*: [...].

Assim, para todos os efeitos, quando do depósito efetuado pela ré (27.11.1975), já vigoravam no direito brasileiro regras de proteção à marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade.

Agora, cabe aferir se a marca RYDER, de propriedade da autora desde 1971 (fls. 444-446, conforme item 12 de fls. 446), era notoriamente conhecida, nos termos do art. 6 bis (1) da CUP. Sem essa providência, não há como desconsiderar o prazo prescricional previsto nos arts. 98 da Lei 5.772/71 e 174 da Lei 9.279/96, pois a superação desse limite temporal pelo disposto no art. 6 bis (3) da CUP pressupõe o reconhecimento da notoriedade, conforme art. 6 bis (1).

[...]

Deve-se observar que a notoriedade da marca RYDER ‘utilizada para produtos idênticos ou similares’, nos termos do art. 6 bis (1) da CUP, é aferida no país no qual se procura a proteção, ou seja, o público brasileiro consumidor do produto representado pela marca possui alto grau de conhecimento e, sendo assim, merece ser aqui protegida, mesmo sem registro. E essa constatação deve ser feita não no século XXI, mas entre os anos de 1975 (data do depósito da marca RYDER pela 2ª ré, fls. 893) e 1995, data do depósito da marca RYDER pela autora (fls. 891).

Antes de se aferir se havia similaridades entre os ramos de atividades da autora e da 2ª ré, é de se examinar se havia ou não, em 1975, notoriedade da marca RYDER no ramo específico de locação de veículos automotivos.

Os documentos juntados pela autora, além de não traduzidos para o português (fls. 237-385), não comprovam marca notoriamente conhecida pelo público brasileiro consumidor do serviço de locação de veículos automotivos em 1975. E, repita-se, a marca deve ser notoriamente conhecida no país em que pretende ser protegida.

Não se discute aqui a notoriedade adquirida pela marca RYDER após depósito feito pela autora (fls. 891), mas, repita-se, essa investigação não pode ser feita com os olhos no presente ou no futuro, mas voltados para o passado, há mais de 30 (trinta) anos. E, fazendo esse roteiro para o passado, com base na prova dos autos, não há como admitir que a marca RYDER era notoriamente conhecida no ramo de atividade de locação de veículos automotivos no Brasil em 1975. Veja-se que não se requer uma notoriedade absoluta, mas relativa, presente no mercado próprio.

[...]

Por tudo o que foi visto, não se há que considerar como notoriamente conhecida pelo público consumidor brasileiro, no ramo de serviço de locação de veículos automotivos e transporte de bens móveis, em novembro de 1975 (fls. 893), a marca RYDER. Sendo assim, não se aplicam os dispositivos da Convenção da União de Paris (CUP) a que alude a autora.

Não há, portanto, como caracterizar a má-fé da 2ª ré, razão pela qual se deve julgar também prescrita a pretensão da autora de anular a marca registrada sob o nº 906.477.887, nos termos dos arts. 98 da Lei nº 5.772/71 e 174 da Lei 9.279/96. Assim, encontram-se prescritas as pretensões de anulação da marca nº 906.477.887.’

Entendimento que foi corroborado, em sua maioria, pelo acórdão recorrido:

‘Como relatei, cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente pedido de nulidade da marca ‘RYDER’, com base nos artigos 6º, *bis*, item (3), e 8º da CUP.

Sentença que não merece reforma.

Deflui dos autos que a pretensão autoral se encontra indubitavelmente prescrita em razão do enorme lapso temporal ocorrido entre a data da propositura da ação (02.02.2006) e a data da expedição do registro, em 10.11.76, ou seja, mais de 30 anos, ultrapassando em muito o prazo concedido pela lei para desconstituição de título por vício de nulidade.

Assim, em que pese a alegação de que o registro foi efetuado com má-fé, na tentativa de impedir a incidência da prescrição com base no item (3) do artigo 6º, bis, da CUP, o fato é que nada nos autos – incluindo a prova pericial de fls. 789-852 – faz prova da notoriedade da marca ‘RYDER’ no Brasil por ocasião do registro da apelada, ou de que esta tivesse qualquer conhecimento do signo alienígena na data do depósito da marca.

De sorte que, não tendo a apelante logrado comprovar a má-fé da apelada nem a caducidade da marca no período assinalado, impende confirmar a sentença, ressaltando, por oportuno, que a caducidade não dá azo à nulidade, e sim à extinção de título.

Com essas considerações, nego provimento ao apelo, confirmando a sentença.’

Dessarte, na leitura do especial, verifica-se que a recorrente não impugna o fundamento crucial que deu substrato à sentença e ao acórdão – inexistência de prova da notoriedade da marca no Brasil ao tempo do registro –, pois, repita-se, limita-se a discutir a presunção de má-fé da recorrida, o que atrai a incidência da Súm. 283 do STF.

Ademais, chegar a conclusão diversa do tribunal de origem, com relação à existência de provas que poderiam reconhecer a notoriedade da marca nos idos de 1975, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súm. 7 do STJ.

8. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.”

Pois bem.

Dos termos do voto condutor do acórdão antes transcrito, deflui o que se segue.

A *regra geral* de prescrição da ação anulatória de registro de marca está contida no seguinte dispositivo da Lei nº 9.279/96: “Art. 174. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão”.

Excepcionalmente, porém, aplica-se o dispositivo a seguir destacado da Convenção da União de Paris de 1883 – CUP, à qual o Brasil aderiu:

“Art. 6 *bis* (1) Os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer administrativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado, e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, *de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares*. O mesmo sucederá quanto a parte essencial da marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão com esta.

Art. 6 *bis* (2) Deverá ser concedido um prazo mínimo de cinco anos, a contar da data do registro, para requerer cancelamento de tal marca. Os países da União têm a faculdade de prever um prazo dentro do qual deverá ser requerida a proibição de uso.

Art. 6 *bis* (3) *Não será fixado prazo para se reclamar a anulação das marcas registradas de má-fé.*”

Ora, o artigo 6 *bis* (3) da convenção antes referida deve ser interpretado em conjunto com os dispositivos que o precedem [artigos 6 *bis* (1) e 6 *bis* (2) do mesmo instrumento].

Tais dispositivos [artigos 6 *bis* (1) e 6 *bis* (2) da Convenção da União de Paris de 1883 – CUP] tratam da vedação de registro de uma marca que constitua reprodução, imitação ou tradução de outra marca, que seja notoriamente conhecida.

Portanto, a excepcional regra da imprescritibilidade [artigo 6 *bis* (3) da convenção em assunto] somente se aplica nessa hipótese, à qual o presente caso não se subsume.

Com efeito, o autor não era titular de marca anteriormente registrada no Brasil ou mesmo em outro país signatário da Convenção da União de Paris de 1883.

Diante disso, incide, no presente caso, a regra geral da prescrição quinquenal, a qual, conforme exposto no voto do relator, se consumou.

Com essas considerações, acompanho o voto do relator, seja no que tange à prescrição, seja no que tange às demais questões nele abordadas.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

VOTO DIVERGENTE

A Exma. Sra. Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère: Trata-se de apelação interposta por Eli Monteiro da Rosa contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação, nos seguintes termos (evento 314):

“(…)

CONCLUSÃO

De tudo o que foi analisado, concluo por:

a) *condenar o INPI à obrigação de fazer consistente nos cancelamentos dos registros relativos à marca CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO, que foi deferida, indevidamente, em favor de Eli Monteiro da Rosa ME (empresa da qual Eli Monteiro da Rosa é sócio majoritário). Prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão;*

b) *condenar o INPI à obrigação de fazer consistente na averbação, em seu banco de dados, do nome comercial CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO, em favor de Osmar Ferreira Labres e Osmar Ferreira Labres ME. Prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão;*

c) *condenar Eli Monteiro da Rosa e Eli Monteiro da Rosa ME, solidariamente, ao pagamento de indenização, a título de danos materiais, em favor de Osmar Ferreira Labres e Osmar Ferreira Labres ME, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), acrescidos dos consectários de lei (juros e correção monetária), de acordo com o Manual de Procedimentos e Cálculos da Justiça Federal;*

d) *condenar Eli Monteiro da Rosa e Eli Monteiro da Rosa ME, solidariamente, ao pagamento de indenização, a título de danos morais, em favor de Osmar Ferreira Labres e Osmar Ferreira Labres ME, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), acrescidos dos consectários de lei (juros e correção monetária), de acordo com o Manual de Procedimentos e Cálculos da Justiça Federal;*

e) *condenar Eli Monteiro da Rosa e Eli Monteiro da Rosa ME à obrigação de fazer consistente na retirada do sinal distintivo CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO de todos os seus pontos de venda, inclusive, sítios eletrônicos, e de todas as formas de propaganda, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão;*

f) *condenar Eli Monteiro da Rosa e Eli Monteiro da Rosa ME, pro rata, ao pagamento de verba honorária, em favor do patrono da parte-autora, que fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a teor do art. 20, caput e §§ 3º e 4º, c/c art. 21, ambos do CPC;*

g) *condenar o INPI ao pagamento de verba honorária, em favor do patrono da parte-autora, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), a teor do art. 20, caput e §§ 3º e 4º, c/c art. 21, ambos do CPC;*

h) *diante da sucumbência em pequena proporção da parte-autora, deixo de condená-la nos ônus respectivos.*

IV – DISPOSITIVO

Ante o exposto, afasto as preliminares de ilegitimidades ativa e passiva, afasto as preliminares de ausência de interesse de agir e de impossibilidade jurídica do pedido, afasto a preliminar de prescrição e julgo, no mérito, procedente, em parte, a presente ação, tudo nos termos da fundamentação.

Os requeridos *Eli Monteiro da Rosa* e *Eli Monteiro da Rosa ME* restam condenados, *pro rata*, a pagar *verba honorária, em favor do patrono da parte-autora*, a qual fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a teor do art. 20, *caput* e §§ 3º e 4º, combinado ao art. 21, ambos do CPC, devidamente atualizada pelos índices oficiais. Deverão, também, ressarcir metade do valor das custas judiciais adiantadas pela parte-autora, devidamente atualizadas pelos índices oficiais.

O requerido *INPI* resta condenado ao pagamento de *verba honorária em favor do patrono da parte-autora*, a qual fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), a teor do art. 20, *caput* e §§ 3º e 4º, combinado ao art. 21, ambos do CPC, devidamente atualizada pelos índices oficiais. Deverá, do mesmo modo, ressarcir metade do valor das custas judiciais adiantadas pela parte-autora, devidamente atualizadas pelo índices oficiais.”

Em suas razões recursais, o apelante sustentou, *em preliminar*:

a) ser a decisão *extra petita*, porque não foi pedida a averbação do nome comercial do autor no banco de dados do INPI, com violação aos artigos 141 e 492 do CPC/73;

b) que tal averbação é ilegal e de cumprimento impossível, com ofensa aos artigos 37, XIX, da CF/88, 240 da Lei 9.279/96, 8º, I, 32, II, *a*, e 33 da Lei 8.934/94 e 1.166 do CC;

c) a falta de competência da Justiça Federal para processar e julgar os pedidos de indenização, pois o INPI não participa da lide nesse âmbito, com violação aos artigos 109, I, da CF/88 e 327, § 1º, II, do CPC/73;

d) ser a decisão *ultra petita*, porque as indenizações foram fixadas em cifras milionárias;

e) a sua ilegitimidade passiva como pessoa física, à vista dos artigos 17 e 337, XI, do CPC/73;

f) o não conhecimento da ação, a teor do artigo 158, § 2º, da Lei 9.279/96;

g) a prescrição da ação de nulidade (art. 174 da Lei 9.279/96) e da pretensão indenizatória (art. 225 da Lei 9.279/96).

No *mérito*, asseverou:

a) que a proteção de nome comercial é regida por norma interna, não se aplicando ao caso tratado internacional, sob pena de afronta aos artigos 8º, I, 32, II, *a*, e 33 da Lei 8.934/94 e 1.166 do CC;

b) a falta de arquivo pelos autores do nome comercial na Junta Estadual (artigos 8º, I, 32, II, *a*, e 33 da Lei 8.934/94 e 1.166 do CC);

c) a ausência de ato ilícito, consoante artigos 5º, XXIX, da CF/88, 129 da Lei 9.279/96 e 188, I, do CC;

d) a desproporcionalidade da condenação, implicando enriquecimento ilícito dos autores, mormente quando não comprovados danos

materiais e morais (violação ao art. 8º do CPC/73 e ao art. 5º do Decreto-Lei 4.657/42);

e) a valoração em prol de uma decisão justa, não se podendo desconsiderar o trabalho dos apelantes no desenvolvimento e na transformação do “Cachorro Quente do Rosário” num negócio de sucesso, com mais de 18 franquias que empregam mais de 100 famílias, sob pena de violação ao artigos 8º do CPC/73 e 5º do Decreto-Lei 4.657/42.

O eminente relator reconheceu a prescrição da pretensão veiculada na ação correspondente ao pedido “b” (declaração de nulidade do registro da marca vinculada ao nome comercial consagrado pelo autor, a fim de que se reconheça a este a sua propriedade, com base no artigo 174 da LPI) e votou pelo não conhecimento das demais ações cumuladas, por serem de competência da Justiça Estadual.

Conforme se extrai dos autos, a concessão do primeiro registro da marca Cachorro Quente do Rosário à parte-ré deu-se em 03.05.2005, tendo a pretensão anulatória sido ajuizada originariamente perante a Justiça Estadual somente em 29.05.2012. Daí o entendimento no sentido de que decorreram mais de 5 (cinco) anos entre a concessão do registro da marca e a dedução em juízo da pretensão à sua nulidade, do que decorre a prescrição de tal pretensão, por força do disposto no art. 174 da LPI (Lei nº 9.279, de 1996).

Com a devida vênia, entendo que a sentença monocrática deu à espécie o tratamento preciso ao afastar a prescrição, tendo como perspectiva a complexidade dos fatos que envolvem o registro e a consequente titularidade da marca “Cachorro Quente do Rosário”, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, nos seguintes termos:

“– *PREJUDICIAL DE MÉRITO*

Quanto à prescrição quinquenal, alegada pelos demandados como óbice prejudicial à demanda anulatória do registro da marca e ao próprio pedido de reparação dos danos causados ao direito de propriedade industrial, como veiculado pelos autores na inicial, é questão que não se resolve de modo simples. Não há dúvidas de que a LPI estabelece, claramente, no art. 225, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para que o interessado intente ação de reparação de danos causados ao direito de propriedade industrial. Do mesmo modo, a ação de nulidade de registro, a qual poderá ser proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com interesse legítimo, prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data de sua concessão, nos termos do art. 174 da LPI.

Contudo, o caso é bem mais complexo do que um simples pedido de anulação de registro de marca. O cerne da controvérsia, como já enfatizamos acima, está na necessidade de definição jurídica a respeito da proteção do *nome comercial* que a parte-autora afirma existir – e lhe

pertencer – desde os idos de 1962. A LPI, no entanto, carece de disciplina jurídica mais minuciosa a respeito do *nome comercial*, o que impõe o necessário reforço das diretrizes normativas contidas na *Convenção da União de Paris (CUP)*, da qual o Brasil é um dos países signatários. E, a respeito da busca por proteção ao *nome comercial*, o referido ato internacional, aceito entre nós, não prevê os efeitos do curso do tempo. Além disso, a própria LPI veda terminantemente a possibilidade de se efetuar registros, como marca, de nome de empresa de terceiros.

De fato, havendo o Congresso Nacional aprovado, pelo *Decreto Legislativo nº 78, de 31.10.1974, publicado em 01.11.1974 no DOU* (aprovou os textos da convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, assinada em Estocolmo, a 14.07.1967, e da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo, a 14.07.1967), a *Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial*, revista em Estocolmo a 14.07.1967, e havendo a referida convenção entrado em vigor, definitivamente, no Brasil, em 24.03.1975, o então presidente da República decretou que ela fosse executada e cumprida em território nacional (*Decreto nº 75.572, de 08.04.1975*, o qual promulgou a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revisão de Estocolmo, 1967). Posteriormente, o *Decreto nº 635, de 21.08.1992*, fez o aperfeiçoamento necessário, na medida em que o Congresso Nacional aprovou por inteiro o texto da referida revisão de Estocolmo.

Precisamente, no *art. 8º da CUP*, consta que:

‘Art. 8º O *nome comercial* será protegido em todos os países da União sem obrigações de depósito ou de registro, quer *faça ou não* parte de uma marca de fábrica ou de comércio.’

Sendo assim, precisamos decidir, apenas, em um segundo momento, sobre o destino da *marca ‘CACHORRO QUENTE DO ROSÁRIO’*. Pois o pedido mais imediato diz respeito à própria existência, ou não, do *nome comercial*, e, caso se conclua pela sua existência, teremos de avaliar qual foi o tratamento a ele dispensado pelos demandados.

Na realidade, se a decisão for pelo reconhecimento da existência prévia do *nome comercial*, em favor da parte-autora, a nulidade de pleno direito da *marca* que foi registrada posteriormente em nome de *Eli Monteiro da Rosa ME* será apenas o corolário lógico, à luz do que dispõe o *art. 124, caput e inciso V, da Lei nº 9.279, de 14.05.1996 (LPI), in verbis*:

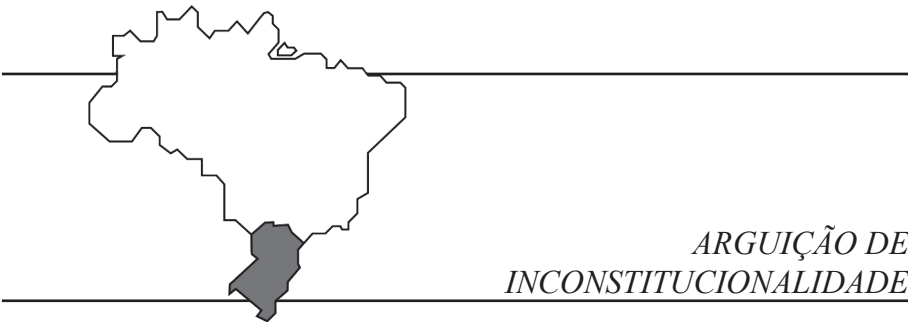
‘Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

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.’ (grifei)

Além disso, ao que consta dos termos da *CUP*, a proteção ao *nome comercial* não sofre os efeitos negativos do curso do tempo, na medida em que o dispositivo supramencionado alcança proteção ao *nome comercial*, sem impor condições. Por essas razões, não havendo dúvida da aceitação das normas da *CUP* em território nacional, fato que inclusive foi confirmado em audiência pela própria autoridade administrativa, e havendo lacunas, quanto a este tópico, na nossa *Lei de Propriedade Industrial (LPI)*, adotaremos a avaliação dos efeitos do tempo seguindo as disposições da referida convenção internacional para proteção do *nome comercial*, afastando, por conseguinte, a ocorrência da alegada prescrição quinquenal.”

Nessas condições, voto por afastar a preliminar de prescrição e submeter ao colegiado o exame de mérito do presente recurso.



*ARGUIÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE*

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 5068153-55.2017.4.04.0000/RS

Relatora: A Exma. Sra. Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch

Suscitante: 2ª Turma do TRF da 4ª Região

Amicus curiae: Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal

Interessado: Banco Bamerindus S/A Crédito Imobiliário – em
liquidação extrajudicial

Advogados: Dr. André Oliveira dos Reis
Dr. Neuri Clovis Stolte

Interessado: Banco Sistema S.A.

Interessada: Cooperativa Triticola dos Produtores Cruzaltenses Ltda.

Advogados: Dr. Haroldo Almeida Soldateli

Dr. Pedro Barth More

Dr. Eduardo Knijnik

Dr. Pedro Dahne Silveira Martins

Dra. Clarice de Lourdes Goulart Oetinger

Interessado: Rafael Pandolfo Advogados Associados

Advogados: Dr. Rafael Pandolfo

Dr. Airton Bombardeli Riella

Interessada: União – Fazenda Nacional

MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Questão de ordem. Arguição de inconstitucionalidade. Tributário. Preferência dos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário. Ausência de lei complementar. Afronta ao art. 146, III, b, da CF/88. Art. 186 do CTN, redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005. § 14 do art. 85 da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC).

1. A CF/88 estabelece, expressamente, que apenas a lei complementar pode dispor sobre “normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.

2. O artigo 186 do Código Tributário Nacional – CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, prevê que o crédito tributário “prefere a qualquer outro”, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho.

3. Assim, incide em inconstitucionalidade a lei ordinária ou a decisão judicial que atribua preferência aos honorários advocatícios, em detrimento de crédito tributário, por afronta ao art. 146, III, b, da CF/88.

4. Nesse sentido, é flagrante a inconstitucionalidade do § 14 do art. 85 da Lei Ordinária nº 13.105/2015 (novo CPC) ao dispor que os honorários advocatícios têm “os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho”.

5. Não se discute o fato de os honorários advocatícios possuírem natureza alimentar, até porque o STF já consolidou esse entendimento por meio da Súmula Vinculante 47.

6. O problema (a inconstitucionalidade) não é a natureza alimentar dos honorários advocatícios, mas sim o estabelecimento de uma preferência para essa espécie de crédito (honorários), em detrimento do crédito tributário, apenas por uma lei ordinária (novo CPC – § 14 do art. 85), ou seja, sem a edição da lei complementar exigida pelo art. 146, III, b, da CF/88.

7. Nesse sentido, evidencia-se que o § 14 do art. 85 do CPC, quando dispõe que os honorários advocatícios têm “os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho”, não tem o alcance de atribuir preferência de pagamento em relação ao crédito tributário, sob pena de incidir em inconstitucionalidade (art. 146, III, b, da CF/88)

e em flagrante afronta ao art. 186 do CTN (redação dada pela LC nº 118/2005), o qual prevê que o crédito tributário “prefere a qualquer outro”, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 14 do art. 85 da Lei Ordinária nº 13.105/2015 (CPC/2015) para afastar a possibilidade de ser atribuída preferência de pagamento aos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário, por afronta ao art. 146, III, *b*, da CF/88, combinado com o art. 186 do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, vencido integralmente o Desembargador Federal *Rogério Favreto*, e vencidos, em parte, os Desembargadores Federais *Vivian Josete Pantaleão Caminha*, *João Pedro Gebran Neto* e *Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2020.

Desa. Federal *Luciane Amaral Corrêa Münch*, Relatora.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch: No julgamento do Agravo de Instrumento nº 5029744-10.2017.4.04.0000/RS, a 2ª Turma deste Tribunal “decidiu arguir a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 14 do art. 85 da Lei Ordinária nº 13.105/2015 (CPC/2015) para afastar a possibilidade de ser atribuída preferência de pagamento aos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário, por afronta ao art. 146, III, *b*, da CF/88, combinado com o art. 186 do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005”. A ementa tem a seguinte redação:

“QUESTÃO DE ORDEM. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. PREFERÊNCIA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RELAÇÃO AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. AFRONTA AO ART. 146, III, *B*, DA CF/88. ART. 186 DO CTN, REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. § 14 DO ART. 85 DA LEI Nº 13.105/2015 (NOVO CPC). 1. A CF/88 estabelece, expressamente, que apenas a lei complementar pode dispor sobre

‘normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários’. 2. O artigo 186 do Código Tributário Nacional – CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, prevê que o crédito tributário ‘prefere a qualquer outro’, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho. 3. Assim, incide em inconstitucionalidade a lei ordinária ou a decisão judicial que atribua preferência aos honorários advocatícios, em detrimento de crédito tributário, por afronta ao art. 146, III, *b*, da CF/88. 4. Nesse sentido, é flagrante a inconstitucionalidade do § 14 do art. 85 da Lei Ordinária nº 13.105/2015 (novo CPC) ao dispor que os honorários advocatícios têm ‘os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho’. 5. Não se discute o fato de os honorários advocatícios possuírem natureza alimentar, até porque o STF já consolidou esse entendimento por meio da Súmula Vinculante 47. 6. O problema (a inconstitucionalidade) não é a natureza alimentar dos honorários advocatícios, mas sim o estabelecimento de uma preferência para essa espécie de crédito (honorários), em detrimento do crédito tributário, apenas por uma lei ordinária (novo CPC – § 14 do art. 85), ou seja, sem a edição da lei complementar exigida pelo art. 146, III, *b*, da CF/88. 7. Nesse sentido, evidencia-se que o § 14 do art. 85 do CPC, quando dispõe que os honorários advocatícios têm ‘os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho’, não tem o alcance de atribuir preferência de pagamento em relação ao crédito tributário, sob pena de incidir em inconstitucionalidade (art. 146, III, *b*, da CF/88) e em flagrante afronta ao art. 186 do CTN (redação dada pela LC nº 118/2005), o qual prevê que o crédito tributário ‘prefere a qualquer outro’, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho.’’ (TRF4, Agravo de Instrumento nº 5029744-10.2017.4.04.0000, 2ª Turma, Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, por *unanimidade*, juntado aos autos em 30.11.2017)

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pelo “conhecimento e [pela] declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 14 do artigo 85 da Lei 13.105/15”.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB requereu a sua inclusão no feito como *amicus curiae* – art. 138 do CPC –, o que foi deferido (eventos 6, 7 e 10).

Também a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rio Grande do Sul – OAB/RS requereu a sua inclusão no feito como *amicus curiae* – art. 138 do CPC (evento 18) –, o que foi deferido.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch:

I Inconstitucionalidade da preferência dos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário, sem lei complementar que estabeleça essa preferência

A CF/88 estabelece, *expressamente*, que apenas a lei complementar pode dispor sobre o crédito tributário:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria *tributária*, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de *tributar*;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação *tributária*, *especialmente sobre*:

a) definição de *tributos* e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, *crédito*, prescrição e decadência *tributários*;

c) adequado tratamento *tributário* ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.”

E a Lei Complementar nº 118/2005, alterando a redação do art. 186 do CTN, prevê que o crédito tributário “*prefere a qualquer outro*”, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho:

“Art. 186. O crédito tributário *prefere a qualquer outro*, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. Na falência: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – o crédito tributário não *prefere* aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III – a multa tributária *prefere* apenas aos créditos subordinados. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”

Portanto, é inconstitucional atribuir preferência aos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário *sem que haja lei complementar estabelecendo essa preferência!*

2 Impossibilidade de lei ordinária ou decisão judicial atribuir preferência aos honorários advocatícios em detrimento de crédito tributário. Afronta ao art. 146, III, b, da CF/88

Conforme exposto acima, apenas a lei complementar pode dispor sobre o crédito tributário, e o CTN, em seu art. 186, com a redação dada pela LC nº 118/2005, estabeleceu que o crédito tributário “*prefere a qualquer outro*”, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho.

Assim, inexistindo *lei complementar*, incide em inconstitucionalidade a lei ordinária ou a decisão judicial que atribua preferência aos ho-

norários advocatícios, em detrimento de crédito tributário, por afronta ao art. 146, III, b, da CF/88.

O § 14 do art. 85 do CPC (*Lei Ordinária* nº 13.105/2015) assim dispôs:

“§ 14. Os *honorários* constituem direito do advogado e *têm* natureza alimentar, com os *mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho*, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”

É flagrante, pois, a inconstitucionalidade do § 14 do art. 85 do CPC nesse particular.

3 Julgados do STJ e deste Regional acerca da preferência dos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário, sem manifestação sobre o art. 146, III, b, da CF

Não desconheço que o STJ, assim como este Regional, tem precedentes no sentido da preferência dos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário, sob o argumento de que a verba honorária tem natureza alimentar.

No entanto, independentemente da aparente confusão feita entre “crédito de natureza alimentar” e “crédito com preferência legal”, o fato é que *os julgados deste Tribunal e do STJ não se manifestaram sobre o art. 146, III, b, da CF/88*, dispositivo constitucional que reserva apenas à lei complementar o estabelecimento de regras gerais acerca do crédito tributário, como é, a toda evidência, a disposição de preferência do crédito tributário, prevista na *Lei Complementar nº 118/2005, art. 186 do CTN*.

Com efeito, analisando-se os precedentes da Corte Especial do STJ no sentido de que os honorários advocatícios têm preferência em relação ao crédito tributário (REsp 1.152.218/RS, 07.05.2014, e EDcl nos EREsp 1.351.256/PR, 04.03.2015), *não há manifestação sobre o art. 146, III, b, da CF/88*.

Para que não reste dúvida, reproduzo as ementas desses precedentes do STJ:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI Nº 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA.

1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil: 1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei nº 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido diploma legal. 1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei nº 11.101/2005.

2. Recurso especial provido.” (REsp 1.152.218/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, *Corte Especial*, julgado em 07.05.2014, DJe 09.10.2014)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONCURSO DE CREDORES. EXECUÇÃO FISCAL. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. MATÉRIA JULGADA SOB O REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (RESP Nº 1.152.218/RS). ART. 83, INCISO I, DA LEI Nº 11.101/2005 E ART. 711 DO CPC. MATÉRIAS NÃO DEVOLVIDAS AO STJ.

1. A controvérsia a ser analisada diz respeito à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores em sede de execução fiscal. No julgamento dos embargos de divergência, utilizou-se como paradigma o acórdão proferido pela Corte Especial (REsp 1.152.218/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 07.05.2014, DJe 09.10.2014), em que se pacificou o entendimento, submetendo-o à sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. Tal posicionamento pode ser aplicado ao presente caso, em que se discute sobre o concurso de credores em sede de execução fiscal, uma vez que, conforme consignado no acórdão paradigma, ‘embora a controvérsia se tenha instalado no âmbito de falência regida ainda pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, o entendimento eventualmente adotado é transcendente’.

2. Quanto à questão referente ao limite do crédito (art. 83, inciso I, da Lei nº 11.101/2005), tal tema não foi devolvido ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que só se discute nos presentes autos a classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores, devendo tal ponto ser apreciado pelo juízo da execução, caso a ele seja submetido. Em relação à aplicação do art. 711 do CPC, cabe ao juízo da execução a sua verificação.

3. Foram apresentados dois embargos de declaração pela mesma parte (fls. 703-704 e 705-706). Assim, quanto aos segundos embargos (fls. 705-706), tem-se que não ultrapassam o juízo de admissibilidade, uma vez que a duplicidade de recursos interpostos pela mesma parte, a fim de impugnar a mesma decisão, importa o não conhecimento do recurso que foi interposto por último, haja vista a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade das decisões.

4. Embargos de declaração de Silvana Meire Ropelatto Fernandes e outros parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer o ponto questionado. Primeiros embargos de declaração de Valéria Maciel de Campos Lavorenti rejeitados e segundos não conhecidos.” (EDcl nos EREsp 1.351.256/PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *Corte Especial*, julgado em 04.03.2015, DJe 20.03.2015)

Portanto, para adotar entendimento que atribui preferência aos honorários advocatícios, *em detrimento do crédito tributário*, é imprescindível

dível que se analise a matéria constitucional aplicável, qual seja, o art. 146, III, *b*, da CF/88, que estabelece que somente uma lei complementar pode dispor sobre o crédito tributário.

Aliás, a análise da matéria constitucional aplicável é necessária até para que, eventualmente, o STF, em controle difuso, se pronuncie especificamente a respeito, do que, até o momento, não se tem notícia.

4 Precedente recente do STJ de que o fato de os honorários advocatícios terem natureza alimentar não lhes atribui preferência em relação ao crédito tributário

É importante registrar, como alertado pelo MPF em seu parecer (evento 5), que o *STJ* também tem julgado, recentemente (07.11.2017), no sentido de que *o fato de os honorários advocatícios terem natureza alimentar não lhes atribui preferência em relação ao crédito tributário*:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO NA VIGÊNCIA DO CPC/73. BANCÁRIO. REVISIONAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARRESTO E PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. CRÉDITOS DECORRENTES DE VÁRIAS DÍVIDAS ANTERIORES, INCLUSIVE DE NATUREZA FISCAL. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE RESERVA. CRÉDITO TRABALHISTA. NÃO EQUIPARAÇÃO PARA EFEITO DE PREFERÊNCIA SOBRE OS CRÉDITOS FISCAIS. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 568 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. É inaplicável o NCPA a este julgamento, ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: 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.

2. *Embora esta Corte tenha reconhecido a natureza alimentar dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, estes não se equiparam aos créditos trabalhistas, razão pela qual eles não têm preferência diante do crédito fiscal no concurso de credores.* Precedentes.

3. Não foi realizado o cotejo analítico dos casos confrontados, uma vez que inexistente similitude fática dos acórdãos indicados como paradigmas com o acórdão recorrido. Desatendidos, portanto, os requisitos previstos no art. 541, parágrafo único, do CPC/73 e no art. 255 do RISTJ.

4. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EDcl no AREsp 647.094/SC, rel. Ministro Moura Ribeiro, *Terceira Turma*, julgado em 07.11.2017, DJe 13.11.2017)

Portanto, *atualmente*, a preferência dos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário *é controversa no STJ*.

5 Equiparação dos honorários advocatícios a crédito trabalhista, para fins de preferência ao crédito tributário, por lei ordinária. Necessidade de lei complementar. Afronta ao art. 146, III, b, da CF/88

Inicialmente, registro que não está em discussão o fato de os honorários advocatícios possuírem natureza alimentar, até porque o STF já consolidou esse entendimento:

“Súmula Vinculante 47

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”

O problema (a inconstitucionalidade), conforme exposto anteriormente, não é a natureza alimentar dos honorários advocatícios, mas sim o estabelecimento de uma preferência para essa espécie de crédito (honorários), *em detrimento do crédito tributário*, apenas por uma lei ordinária (novo CPC – § 14 do art. 85), ou seja, sem a edição da lei complementar exigida pelo art. 146, III, b, da CF/88.

Nesse sentido, evidencia-se que o § 14 do art. 85 do CPC, quando dispõe que os honorários advocatícios têm “os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho”, *não tem o alcance de atribuir preferência de pagamento em relação ao crédito tributário, sob pena de incidir em inconstitucionalidade (art. 146, III, b, da CF/88) e em flagrante afronta ao art. 186 do CTN (redação dada pela LC nº 118/2005)*, o qual prevê que o crédito tributário “prefere a qualquer outro”, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho.

Portanto, enquanto não editada uma lei complementar, como exigido pela CF (art. 146, III, b, da CF/88), não pode ser atribuída preferência dos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário.

6 Inaplicabilidade do disposto no § 1º do art. 100 da CF ao presente incidente de inconstitucionalidade

É absolutamente inaplicável o disposto no § 1º do art. 100 da CF, porquanto trata da ordem de pagamento dos precatórios “devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais” (quando a Fazenda Pública é a *devedora*), enquanto o presente incidente de

inconstitucionalidade trata da hipótese em que a Fazenda Pública é a *credora* de crédito tributário.

Portanto, não há falar em aplicar o § 1º do art. 100 da CF para justificar a inconstitucionalidade de uma lei ordinária que avançou em matéria restrita à lei complementar.

7 Recente julgamento do STF declarando a inconstitucionalidade de leis ordinárias que trataram de matéria exclusiva de lei complementar – imunidade tributária – Tema STF 32

De forma muito semelhante ao presente incidente de arguição de inconstitucionalidade, o STF, em repercussão geral, firmou entendimento de que os requisitos para a imunidade tributária, como as previstas no art. 195, § 7º, e no art. 150, VI, c, da CF, só podem ser instituídos por lei complementar:

“*Tema STF 32* – Reserva de lei complementar para instituir requisitos à concessão de imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social.”

O acórdão paradigma da referida tese, RE nº 566.622 (DJe 20.08.2017), foi assim ementado:

“IMUNIDADE – DISCIPLINA – LEI COMPLEMENTAR. Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar.”

Assim, o próprio STF tem posição muito firme quanto à impossibilidade de lei ordinária tratar de matéria sobre a qual a Constituição determina que só lei complementar pode dispor, como é o caso do crédito tributário (sua preferência em relação aos demais créditos, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho).

8 Voto oral proferido na sessão de 23.08.2018

A seguir, reproduzo os principais pontos que destaquei no voto oral que proferi na sessão de 23.08.2018:

a) não está em discussão a natureza alimentar dos honorários advocatícios, sendo impertinente, para fins do julgamento da presente arguição de inconstitucionalidade, qualquer discussão a esse respeito;

b) esta arguição trata da preferência dos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário. Se é possível atribuir preferência aos

honorários advocatícios por lei ordinária (novo CPC) ou por decisão judicial, sem a edição de lei complementar, como exigido pelo art. 146, III, b, da CF (*estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária – especificamente quanto ao crédito tributário*);

c) tratando-se de interpretação de matéria constitucional, *não há vinculação deste Tribunal Regional ao entendimento pronunciado pelo STJ*;

d) o Código Tributário Nacional, que é a lei complementar aplicável ao caso, diz, no seu Livro Segundo, quais são as “Normas Gerais do Direito Tributário”, estabelecendo pontualmente no Título III, Capítulo VI, as “Garantias e **privilégios do crédito tributário**”, onde se encontra o art. 186 em exame na presente arguição (“O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho” – *redação dada pela Lcp nº 118, de 2005*);

e) os honorários advocatícios de que trata o feito originário desta arguição *são de uma sociedade de advogados*, de uma pessoa jurídica, e não de uma pessoa física. Ainda, *trata-se de honorários contratuais, e não de sucumbência*. Ou seja, tem-se um agravo de instrumento de uma sociedade de advogados que pretende, em uma execução fiscal, obstar o levantamento de valores pela União, porque ela, pessoa jurídica, quer que os seus honorários contratuais tenham preferência sobre o crédito da União;

f) o *crédito tributário é crédito de toda a sociedade brasileira*. Então, conceder preferência aos honorários advocatícios, em detrimento do crédito tributário, *é preterir a população de um recurso que é seu, em benefício de uma determinada classe de profissionais, os advogados*. E isso não pode ocorrer sem a edição de uma lei complementar, porque assim exige a Constituição da República;

g) não tenho posicionamento contrário a que se excepcionem todos os créditos decorrentes do trabalho, sejam eles de advogados, sejam de médicos ou de outras profissões regulamentadas, *porém não cabe ao Judiciário fazê-lo*. Essa é matéria a ser veiculada por lei. E a lei que a Constituição exige para isso é a lei complementar;

h) o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente deixado claro que *matérias que digam respeito a normas gerais em matéria tributária necessitam de lei complementar*. Exemplos são os julgamentos do STF

sobre a prescrição e a decadência do crédito tributário, assim como a imunidade tributária (Tema STF 32).

9 Dispositivo

Ante o exposto, voto por *declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 14 do art. 85 da Lei Ordinária nº 13.105/2015 (CPC/2015) para afastar a possibilidade de ser atribuída preferência de pagamento aos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário*, por afronta ao art. 146, III, *b*, da CF/88, combinado com o art. 186 do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: À análise dos elementos cognitivos que compõem o caderno processual em cotejo com a legislação de regência, rogando vênias à ilustre relatora, voto por rejeitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Com efeito, a República Federativa do Brasil tem dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, III e IV). O direito fundamental ao trabalho, além de garantir a subsistência, realiza a própria dignidade do indivíduo.

Assim, a retribuição financeira decorrente da atividade laboral prestada em quaisquer das suas conformações deve ter a sua percepção assegurada e priorizada pelo Direito pátrio, haja vista a finalidade a que se destina – garantia da subsistência do indivíduo e realização da sua própria dignidade.

É a natureza alimentar da verba oriunda da atividade laboral que determina a priorização de seu pagamento em face de verbas diversas, ainda que estas se destinem à satisfação do interesse público. Vale dizer, o indivíduo antecede à formação do próprio Estado e, por essa razão, a sua subsistência é verdadeiro direito natural.

Em consequência, a interpretação que se possa dar às normas constitucionais e infraconstitucionais que tenham por objeto as verbas destinadas à subsistência do indivíduo – verbas de natureza alimentar – deve acurar à essência mesma desse objeto: verdadeiro direito natural.

Nessa toada, a interpretação sistemática e teleológica do art. 186 do CTN aponta à inclusão dos honorários advocatícios no conceito do que sejam “créditos decorrentes da relação de trabalho”. Ora, não se con-

troverte acerca da natureza alimentar dos honorários advocatícios e do fato de que essa verba decorre da prestação de atividade laboral. Assim, negar a preferência de pagamento aos honorários advocatícios em face do crédito tributário significaria dizer que o Estado se sobrepõe à própria existência do indivíduo.

Rigorosamente, o art. 186 do CTN deve ser interpretado como sendo a indicação de preferência ao pagamento das “verbas alimentares oriundas da prestação de atividade laboral” – que são voltadas à subsistência do indivíduo e à concretização da sua dignidade – em face das “verbas destinadas ao custeio do próprio Estado” – crédito tributário. E, em decorrência dessa interpretação, a ausência de indicação literal dos honorários advocatícios na redação desse dispositivo legal é insuficiente para infirmar a *mens legis*.

Assim, não há falar em afronta à ordem constitucional pelo art. 85, § 14, do Código de Processo Civil/2015; rigorosamente, esse dispositivo apenas explicita a norma ínsita no art. 186 do CTN, tudo em consonância com os próprios fundamentos da República Federativa do Brasil.

Ante o exposto, rogando vênias à ilustre relatora, voto por rejeitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha: O incidente de arguição de inconstitucionalidade tem por objeto o artigo 85, § 14, da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), com a seguinte redação:

“Art. 85. (...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”

A tese da inconstitucionalidade parcial do dispositivo legal, sustentada pela eminente relatora, está fundada nos argumentos de que:

(1) a Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alínea *b*, dispõe que lei complementar estabelecerá normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”;

(2) ao definir as normas gerais em matéria de legislação tributária, o Código Tributário Nacional, na redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, prescreve, em seu artigo 186, que o crédito tributário prefere “a qualquer outro”, à exceção dos créditos decorrentes da legislação do trabalho e do acidente de trabalho;

(3) a despeito da natureza alimentar dos honorários advocatícios (Súmula Vinculante nº 47 do Supremo Tribunal Federal: “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”), lei ordinária ou decisão judicial não podem atribuir preferência à verba honorária, em detrimento do crédito tributário, por contrariar a exigência de lei complementar imposta pela Constituição Federal; e

(4) “o § 14 do art. 85 do CPC, quando dispõe que os honorários advocatícios têm ‘os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho’, não tem o alcance de atribuir preferência de pagamento em relação ao crédito tributário, sob pena de incidir em inconstitucionalidade (art. 146, III, *b*, da CF/88) e em flagrante afronta ao art. 186 do CTN (redação dada pela LC nº 118/2005), o qual prevê que o crédito tributário ‘prefere a qualquer outro’, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho”.

Para a adequada análise da (in)constitucionalidade do artigo 85, § 14, do CPC, impõe-se o enfrentamento de questões preliminares:

– a regra sobre a “preferência” do crédito tributário amolda-se ao conceito de norma geral, para os fins do artigo 146, inciso III, da Constituição Federal?

– qual o alcance da expressão “créditos decorrentes da legislação do trabalho” contida no artigo 186 do CTN?

– a distinção entre honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais é relevante para a discussão ora proposta?

– as limitações oponíveis ao crédito trabalhista – cuja preferência ao crédito tributário é inequívoca em concurso de credores – são extensíveis aos honorários advocatícios?

O artigo 146 da Constituição Federal dispõe que:

“Art. 146. *Cabe à lei complementar:*

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*, especialmente sobre:
a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
b) obrigação, lançamento, *crédito*, prescrição e decadência tributários;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, *d*, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I – será opcional para o contribuinte;

II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III – o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.” (grifei)

E o artigo 186 do CTN, na redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005:

“Art. 186. *O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.*

Parágrafo único. Na falência:

I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e

III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.” (grifei)

“Norma geral” é tanto aquela que veicula conteúdo principiológico ou conceitual como a que contém prescrição cuja aplicação deve ser uniforme em todo o território nacional, respeitada a autonomia das unidades federativas para legislarem sobre matéria de sua competência.

Nessa perspectiva, a regra que assegura ao crédito tributário preferência em relação a qualquer outro, com exceção dos decorrentes da

legislação do trabalho ou de acidente do trabalho, é enquadrável no conceito de norma geral, uma vez que define uma qualidade do crédito em si (artigo 146, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal) que se refere a todo e qualquer tributo (federal, estadual, distrital ou municipal) – o que, aliás, já foi admitido pelo eg. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a preferência de crédito tributário de estado membro sobre crédito hipotecário titularizado pela Caixa Econômica Federal, com fundamento no artigo 186 do CTN (STF, RE 84.025, relator Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 24.06.1983, DJ 12.08.1983, p. 11.762).

Admitida a natureza de norma geral do artigo 186 do CTN, a interpretação do artigo 85, § 14, do CPC que confira – de modo irrestrito – aos honorários advocatícios preferência ao crédito tributário, à primeira vista, infirma a regra estabelecida pelo Código Tributário Nacional, com *status* de lei complementar, porque, *literalmente*, não constituem crédito decorrente da legislação do trabalho ou de acidente do trabalho.

Não obstante, é defensável a tese de equiparação dos honorários advocatícios a crédito trabalhista, como o fazem os precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça, porque (i) o ordenamento jurídico admite não só a *interpretação extensiva* de suas normas como também a *integração por analogia* (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 – e art. 108, inciso I, do CTN), independentemente de edição de lei complementar formal, e não se aplica, na espécie, a restrição prevista no artigo 111 do CTN – que alcança somente os casos de suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa de cumprimento de obrigações tributárias acessórias; (ii) a *exigência constitucional de edição de lei complementar para veiculação de normas gerais tributárias não impede o emprego de analogia* (que é inadmitido somente nos casos expressamente proibidos por lei e de silêncio eloquente do legislador – hipótese afastada nos precedentes daquela e. Corte Superior); e (iii) não é desarrazoado afirmar que a expressão “crédito decorrente da legislação do trabalho ou de acidente do trabalho” é mais ampla do que “crédito trabalhista ou acidentário”, não estando adstrita à contraprestação pecuniária percebida por empregados, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sob esse enfoque, a “equiparação” do crédito de honorários

advocáticos ao crédito trabalhista sequer resultaria de uma integração de lacuna normativa, por analogia, decorrendo de mera interpretação do próprio artigo 186 do CTN.

“PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 1.022 DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. PREFERÊNCIA SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Não se configurou a ofensa ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador 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. 2. A Corte Especial, quando da apreciação do EREsp 1.351.256/PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 19.12.2014, ratificou o entendimento proferido no REsp 1.152.218/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. 3. O STJ, ao analisar os Embargos de Declaração nos EREsp 1.351.256/PR, consignou que a ‘controvérsia a ser analisada diz respeito à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores em sede de execução fiscal’. Dessa forma, não há mais dúvidas de que os honorários advocatícios estão incluídos na ressalva do art. 186 do CTN. 4. Recurso especial não provido.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.800.273/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 11.04.2019, DJe 31.05.2019)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL NO JULGAMENTO DOS EDCL NOS ERESP 1.351.256/PR. 1. É assente no STJ que a verba honorária não perde seu caráter alimentar em virtude de ser destinada a sociedade de advogados. Precedentes: AgRg no AREsp 715.524/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 25.09.2015; REsp 1.358.331/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.02.2013; AgRg no REsp 1.228.428/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29.06.2011. 2. A Corte Especial adotou o novel entendimento de que os honorários advocatícios ostentam natureza alimentar e detêm privilégio geral em concurso de credores, equiparando-se ao crédito trabalhista, mesmo em se tratando de execução fiscal. Precedente: EDcl nos ERESP 1.351.256/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 20.03.2015. 3. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.749.491/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 06.11.2018, DJe 19.11.2018)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONCURSO DE CREDORES. EXECUÇÃO FISCAL. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. MATÉRIA JULGADA SOB O REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (RESP Nº 1.152.218/RS). ART. 83, INCISO I, DA LEI Nº 11.101/2005 E ART. 711 DO CPC. MATÉRIAS NÃO DEVOLVIDAS AO STJ. 1. A controvérsia a ser analisada diz respeito à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores em sede de execução fiscal. No julgamento dos embargos de divergência, utilizou-se

como paradigma o acórdão proferido pela Corte Especial (REsp 1.152.218/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 07.05.2014, DJe 09.10.2014) em que se pacificou o entendimento, submetendo-o à sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que *os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. Tal posicionamento pode ser aplicado ao presente caso, em que se discute sobre o concurso de credores em sede de execução fiscal, uma vez que, conforme consignado no acórdão paradigma, 'embora a controvérsia se tenha instalado no âmbito de falência regida ainda pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, o entendimento eventualmente adotado é transcendente'*. 2. Quanto à questão referente ao limite do crédito (art. 83, inciso I, da Lei nº 11.101/2005), tal tema não foi devolvido ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que só se discute nos presentes autos a classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores, devendo tal ponto ser apreciado pelo juízo da execução, caso a ele seja submetido. Em relação à aplicação do art. 711 do CPC, cabe ao juízo da execução a sua verificação. 3. Foram apresentados dois embargos de declaração pela mesma parte (fls. 703-704 e 705-706). Assim, quanto aos segundos embargos (fls.705-706), tem-se que não ultrapassam o juízo de admissibilidade, uma vez que a duplicidade de recursos interpostos pela mesma parte, a fim de impugnar a mesma decisão, importa o não conhecimento do recurso que foi interposto por último, haja vista a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade das decisões. 4. Embargos de declaração de Silvana Meire Ropelatto Fernandes e outros parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer o ponto questionado. Primeiros embargos de declaração de Valéria Maciel de Campos Lavorenti rejeitados e segundos não conhecidos.” (STJ, *Corte Especial*, EDcl nos EREsp 1.351.256/PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 04.03.2015, DJe 20.03.2015)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI Nº 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. 1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil: 1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei nº 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido diploma legal. 1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei nº 11.101/2005. 2. Recurso especial provido.” (STJ, *Corte Especial*, REsp 1.152.218/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 07.05.2014, DJe 09.10.2014)

Todavia, há outros aspectos relevantes a serem sopesados.

Como já ressaltado pela eminente relatora, os julgados antes mencionados não analisaram a controvérsia sob o enfoque constitucional (artigo 146, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal), e existe precedente daquela eg. Corte Superior no sentido de que a natureza alimentar dos honorários advocatícios não lhes atribui, automaticamente, a preferência em relação ao crédito tributário:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO NA VIGÊNCIA DO CPC/73. BANCÁRIO. REVISIONAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARRESTO E PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. CRÉDITOS DECORRENTES DE VÁRIAS DÍVIDAS ANTERIORES, INCLUSIVE DE NATUREZA FISCAL. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE RESERVA. CRÉDITO TRABALHISTA. NÃO EQUIPARAÇÃO PARA EFEITO DE PREFERÊNCIA SOBRE OS CRÉDITOS FISCAIS. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 568 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. É inaplicável o NCPC a este julgamento, ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: 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. 2. ***Embora esta Corte tenha reconhecido a natureza alimentar dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, estes não se equiparam aos créditos trabalhistas, razão pela qual eles não têm preferência diante do crédito fiscal no concurso de credores.*** Precedentes. 3. Não foi realizado o cotejo analítico dos casos confrontados, uma vez que inexistente similitude fática dos acórdãos indicados como paradigmas com o acórdão recorrido. Desatendidos, portanto, os requisitos previstos no art. 541, parágrafo único, do CPC/73 e no art. 255 do RISTJ. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 647.094/SC, rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 07.11.2017, DJe 13.11.2017 – grifei)

Efetivamente, o caráter alimentar do crédito não é, por si, suficiente para solucionar o problema, tendo em vista que também ostenta essa natureza jurídica a remuneração devida a outros profissionais autônomos (p. ex. médico, engenheiro, arquiteto etc.), e nem por isso prefere ao crédito tributário, quando prevista em contrato.

Além disso, o e. Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o teor da Súmula Vinculante nº 47, fez distinção entre honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais, o que aqui é relevante, na medida em que *a regra questionada (art. 85, § 14, do CPC) insere-se em artigo do Código de Processo Civil que – s.m.j. – disciplina, exclusivamente, os honorários advocatícios fixados pelo juiz ou pelo tribunal, em decorrência da sucumbência da parte*, e, no agravo de instrumento originário (nº 5029744-10.2017.4.04.0000/RS), está em discussão a preferência de honorários advocatícios contratuais, ainda que a exigibilidade do valor vindicado tenha sido reconhecida em ação de cobrança, já em fase de execução:

“EMENTA: AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO. PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. PRETENSÃO DE DESTAQUE DE

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 47. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA ENTRE ATO RECLAMADO E PARADIGMA INVOCADO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A aderência estrita entre o objeto do ato reclamado e o conteúdo da decisão do STF dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* apontada pelo reclamante é requisito para a admissibilidade da reclamação constitucional. 2. *A Súmula Vinculante 47 trata de fracionamento de execução movida contra a Fazenda Pública para o pagamento em separado de honorários advocatícios.* 3. *In casu, os honorários advocatícios que os patronos dos reclamantes pretendem levantar não decorrem de condenação da Fazenda Pública (honorários sucumbenciais), mas de contrato de prestação de serviços advocatícios (honorários contratuais).* 4. Precedentes: Reclamação 26.254-AgR, rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 07.02.2018; Reclamação 27.687-AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 27.10.2017; Reclamação 26.878-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 15.05.2018; Reclamação 28.084-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 27.03.2018. 5. Dessarte, verifica-se que *não há aderência estrita entre o enunciado da Súmula Vinculante 47 e o ato ora reclamado.* 6. Agravo interno desprovido.” (STF, Rcl 29.268 AgR, relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.03.2019, processo eletrônico, DJe-060, divulg. 26.03.2019, public. 27.03.2019 – grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REQUISITÓRIO EXPEDIDO. DESTAQUE DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS INADIMPLIDOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO Oponibilidade de Negócio Jurídico Privado Alheio à Fazenda Pública. 1. A jurisprudência do STF não admite a expedição de requisitório em separado para pagamento de honorários advocatícios contratuais, à luz do art. 100, § 8º, da Constituição da República. 2. A possibilidade de oposição de contrato de honorários contratuais não honrado antes da expedição de requisitório decorre de legislação infraconstitucional, notadamente o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e a controvérsia referente ao adimplemento de negócio jurídico entre causídico e respectivo cliente não possui relevância para a Fazenda Pública devedora e a operabilidade da sistemática dos precatórios. 3. A presente controvérsia não guarda semelhança com a do RE 564.132, que deu fundamento à edição da Súmula Vinculante 47 do STF, pois a autonomia entre o débito a ser recebido pelo jurisdicionado e o valor devido a título de honorários advocatícios restringe-se aos sucumbenciais, haja vista a previsão legal destes contra a Fazenda Pública, o que não ocorre na avença contratual entre advogado e particular. Precedente: Rcl-AgR 24.112, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 20.09.2016. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC.” (STF, RE 1.035.724 AgR, relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 11.09.2017, processo eletrônico, DJe-214, divulg. 20.09.2017, public. 21.09.2017)

À vista de tais ponderações, é forçoso reconhecer que, se equiparação há, por força do *artigo 85, § 14, do CPC*, ela está adstrita aos *honorários advocatícios sucumbenciais* – distinção absolutamente pertinente, uma vez que o valor destes é definido por normas legais especifi-

cas, ao passo que os honorários advocatícios contratuais são *livremente* pactuados pelas partes –, porquanto (i) estabelecida em legislação que se destina a regular matéria processual civil, e (ii) a regra inserta em parágrafo mantém relação de pertinência lógica com aquela prescrita no *caput* e nos demais parágrafos (todos relativos à verba honorária sucumbencial), no rigor da técnica legislativa.

Ademais, a prescrição contida no art. 24 da Lei nº 8.906, de 1994 (“A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, na concordata, no concurso de credores, na insolvência civil e na liquidação extrajudicial”), não tem o condão de assegurar aos honorários advocatícios contratuais preferência em relação ao crédito tributário, ainda que constitua crédito privilegiado.

É o que se extrai do teor do art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005:

“Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos **tributários**, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com **privilegio especial**, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

V – créditos com **privilegio geral**, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do *caput* deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os *assim previstos* em lei ou *em contrato*;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.” (grifei)

Nessa toada, *não há como reconhecer “inconstitucional” a equiparação (por força de lei) dos honorários advocatícios sucumbenciais* – objeto do artigo 85, § 14, do CPC (e deste incidente de arguição de inconstitucionalidade) – aos créditos trabalhistas e acidentários, para fins de preferência, pois *tem fundamento no próprio artigo 186 do CTN*, o qual comporta interpretação extensiva e até aplicação analógica – que, reiterar-se, não contraria a exigência prescrita no artigo 146, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal –, e os motivos que justificam a priorização do pagamento de créditos oriundos de relação de trabalho, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, são extensíveis à remuneração auferida pelo advogado, em decorrência de sua atividade profissional (como já enfatizado em inúmeros julgados do e. Superior Tribunal de Justiça).

Há quem sustente, inclusive, que o artigo 85, § 14, do CPC nada inovou nesse aspecto, limitando-se a positivizar o que já se continha na legislação complementar.

Ressalve-se, contudo, que, para esse efeito, *a equiparação deve ser integral*, inclusive no tocante à *limitação quantitativa*, estabelecida por lei, para o crédito trabalhista em concurso de credores (150 – cento e cinquenta – salários mínimos) – e, caso a norma legal aqui questionada também versasse sobre honorários advocatícios contratuais, à exigência de prévia propositura de ação judicial (para assentar a existência ou não de inadimplência do devedor – que poderá comportar discussão, inclusive quanto à efetiva prestação dos serviços contratados e eventuais antecipações/compensações – e a definição do valor exigível a esse título) –, sob pena de se atribuir àqueles privilégio superior ao que é contemplado a este.

Mais do que isso, não há *razão jurídica idônea, ou de ordem prática, que justifique a admissão de tratamento equiparado do crédito resultante de honorários advocatícios ao crédito trabalhista, porém em condições distintas, nem, exclusivamente, em processos de falência e recuperação judicial, com exclusão de outras hipóteses de concurso de credores*. Isso porque, na esteira da jurisprudência, (i) a “qualificação de determinado crédito, destinada a situá-lo em uma das diversas classes de credores, segundo a ordem de preferência legal, há de ter tratamento único, seja na recuperação judicial, seja na falência [vale dizer, em concurso de credores em geral], naturalmente para dar consecução ao declarado propósito de conferir tratamento isonômico aos titulares do crédito de uma mesma categoria” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.649.774/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 12.02.2019, DJe 15.02.2019); e, (ii) para o exercício da preferência material no concurso de credores, é exigível, para fins de levantamento do produto da alienação judicial, o aparelhamento da execução do credor que pretende se valer do benefício.

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE IMÓVEL DO DEVEDOR. DIREITO DE ARREMATACÃO DO CREDOR-EXEQUENTE. CONCURSO DE PREFERÊNCIAS PROCESSUAL E MATERIAL. ARTS. ANALISADOS: 690, § 3º, 690-A, PARÁGRAFO ÚNICO, E 711, CPC.

1. Ação de execução de título extrajudicial, distribuída em 1986, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao gabinete em 22.10.2013.

2. Discute-se se a existência de execução em curso e de penhora é condição indispensável para o exercício de preferência do credor trabalhista sobre o crédito obtido com a alienação judicial do bem do devedor comum, promovida por outro credor.

3. A jurisprudência do STJ há muito se firmou no sentido da *impossibilidade de se sobrepor uma preferência processual a outra de direito material – na hipótese, crédito trabalhista –*, bem como de que, *para o exercício dessa preferência, não se exige a penhora sobre o bem, mas o levantamento do produto da alienação judicial não prescinde do aparelhamento da execução pelo credor trabalhista*.

4. Assim como na adjudicação, o direito do exequente de arrematar o bem com seu crédito está condicionado à inexistência de outros credores com preferência de grau mais elevado, caso em que poderá o juiz optar por outra proposta mais conveniente, como prevê o § 3º do art. 690 do CPC.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.411.969/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 10.12.2013, DJe 19.12.2013 – grifei)

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORA DE BEM IMÓVEL. CONCURSO ESPECIAL DE CREDITORES. PREFERÊNCIAS MATERIAIS. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO CONDOMINIAL. CRÉDITO HIPOTECÁRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. JULGAMENTO: CPC/73.

1. Ação de execução de contrato de locação proposta em 1999, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23.06.2015 e atribuído ao gabinete em 25.08.2016.

2. O propósito recursal é dizer se a recorrente, credora hipotecária, possui preferência no levantamento do produto da arrematação de imóvel dos interessados, a despeito de não ter realizado a penhora do bem.

3. *Para o exercício da preferência material decorrente da hipoteca, no concurso especial de credores, não se exige a penhora sobre o bem, mas o levantamento do produto da alienação judicial não prescinde do aparelhamento da respectiva execução.*

4. A jurisprudência do STJ orienta que o crédito resultante de despesas condominiais tem preferência sobre o crédito hipotecário.

5. No concurso singular de credores, o crédito tributário prefere a qualquer outro, inclusive ao crédito condominial, ressalvados apenas aqueles decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.580.750/SP, rel. Ministra Nancy Andrigli, julgado em 19.06.2018, DJe 22.06.2018 – grifei)

A propósito, impende destacar que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu, no julgamento dos Embargos de Declaração nos EREsp 1.351.256/PR, que *a controvérsia ali dirimida cingiu-se à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores em sede de execução fiscal, e não à sua sujeição ou não ao limite legal* (art. 83, inciso I, da Lei nº 11.101/2005) – questão que não teria sido devolvida àquela Corte.

“RECURSOS ESPECIAIS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO QUANTO À LEGALIDADE DE CLÁUSULA CONSTANTE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO QUE ESTABELECE LIMITE DE VALOR PARA O TRATAMENTO PREFERENCIAL DO CRÉDITO TRABALHISTA, INSERIDO NESTE O RESULTANTE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, DESDE QUE DE TITULARIDADE DE ADVOGADO PESSOA FÍSICA. 1. CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. POSSIBILIDADE, EM TESE. 2. *CRÉDITO DECORRENTE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR, A ENSEJAR TRATAMENTO PREFERENCIAL EQUIPARADO AO CRÉDITO TRABALHISTA. TESE FIRMADA EM REPETITIVO. COMPREENSÃO QUE NÃO SE ALTERA EM VIRTUDE DE A DISCUSSÃO SE DAR NO BOJO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL; DE O TITULAR SER SOCIEDADE DE ADVOGADOS; OU DE SE TRATAR DE EXPRESSIVO VALOR.* 3. ESTABELECIMENTO DE PATAMARES MÁXIMOS PARA QUE OS CRÉDITOS TRABALHISTAS E EQUIPARADOS TENHAM UM TRATAMENTO PREFERENCIAL, CONVERTENDO-SE O QUE SOBEJAR DESSE LIMITE QUANTITATIVO EM CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO. LICITUDE DO PROCEDER. 4. RECURSOS ESPECIAIS IMPROVIDOS. 1. Afigura-se absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores. 2.

Especificamente em razão da natureza dos créditos resultantes de honorários advocatícios, que ostenta o caráter alimentar; admite-se a equiparação destes com o créditos trabalhistas, a ensejar aos seus titulares os correspondentes privilégios fixados em lei em face de **concurso de credores em geral**, tal como se dá na falência e na recuperação judicial. Tese firmada em recurso especial representativo da controvérsia pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.152.218/ES. 2.1 *A qualificação de determinado crédito, destinada a situá-lo em uma das diversas classes de credores, segundo a ordem de preferência legal, há de ter tratamento único, seja na recuperação judicial, seja na falência, naturalmente para dar consecução ao declarado propósito de conferir tratamento isonômico aos titulares do crédito de uma mesma categoria. Não se divisa, assim, nenhuma razão jurídica idônea, ou de ordem prática, que justifique a admissão do tratamento equiparado do crédito resultante de honorários advocatícios ao crédito trabalhista na falência, mas o refute no bojo da recuperação judicial.* 2.2 A partir do específico tratamento legal ofertado às sociedades de advogados, considerado o seu objeto social, constata-se que *os honorários advocatícios decorrem, necessariamente, do labor, da exploração da atividade profissional de advocacia exercida por seus sócios, do que decorre sua natureza alimentar e, pois, sua similitude com o crédito trabalhista a ensejar o mesmo tratamento privilegiado. É indiferente, para esse propósito, se a exploração da atividade profissional da advocacia se dá individualmente, ou se organizada em sociedade simples. Fato é que a remuneração pelo trabalho desenvolvido pelos advogados em sociedade é, na forma do contrato social, repartida e destina-se, de igual modo, à subsistência de cada um dos causídicos integrantes da banca e de sua família.* 2.3 A considerável importância econômica do crédito resultante de honorários advocatícios titularizado pela sociedade de advogados recorrente e habilitado na recuperação judicial subjacente, em si, também não desnatura sua qualidade de verba alimentar. 3. *Sem descuidar dos privilégios legais daí advindos, em se tratando de concurso de credores, é de todo desejável, se não necessária, a equalização dos direitos e dos interesses de todos os envolvidos. Para esse propósito, ressurte absolutamente possível o estabelecimento de patamares máximos para que os créditos trabalhistas (ou a eles equiparados) tenham um tratamento preferencial, definido pela lei, no caso da falência (art. 83, I, da LRF), ou, consensualmente, no caso da recuperação judicial, **convertendo-se o que sobejar desse limite quantitativo em crédito quirografário.*** 3.1 *A proteção legal, como se constata, destina-se a garantir o pagamento prévio dos credores trabalhistas e equiparados, e nisso reside o privilégio legal de uma quantia suficiente e razoável que lhe garanta a subsistência, um mínimo para o seu sustento. **Em relação àquilo que excede essa importância, ainda que se revista da natureza alimentar, seu titular não faz jus ao tratamento privilegiado de receber com precedência aos demais credores.*** 3.2 *A preferência legal conferida à classe dos empregados e equiparados justifica-se pela necessidade de se privilegiar aqueles credores que se encontram em situação de maior debilidade econômica e possuem como fonte de sobrevivência, basicamente, a sua força de trabalho, devendo-se, por isso, abarcar o maior número de pessoas que se encontrem em tal situação.* 3.3 No processo recuperacional, por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da

devedora). Cabe, portanto, às recuperandas e aos credores da respectiva classe, segundo os critérios e o quórum definidos em lei, deliberarem sobre o estabelecimento de um patamar máximo para o tratamento preferencial dos créditos trabalhistas, não havendo a incidência automática do limite previsto no art. 83, I, da LRF, tal como pretendido, subsidiariamente, pelas recuperandas. 3.4 Na presente hipótese, em relação aos débitos trabalhistas, no que se inserem os honorários advocatícios, as recuperandas estipularam o limite de R\$ 2.000.000,00, (dois milhões de reais) a fim de assegurar a natureza alimentar, sendo que qualquer valor que excedesse esse limite seria tratado como crédito quirografário, o que foi devidamente aprovado pela correlata classe de credores. 3.5 Justamente para evitar que os poucos credores trabalhistas, titulares de expressivos créditos, imponham seus interesses em detrimento dos demais, a lei de regência, atenta às particularidades dessa classe, determina que ‘a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito’ (§ 2º do art. 45 da LRF). 3.6 Se assim é, ***a sociedade de advogados recorrente, que pretende ser reconhecida, por equiparação, como credora trabalhista, há, naturalmente, de se submeter às decisões da respectiva classe. Afigurar-se-ia de todo descabido, aliás, concebê-la como credora trabalhista equiparada, com os privilégios legais daí advindos, e afastar-lhe o limite quantitativo imposto aos demais trabalhadores integrantes dessa classe de credores.*** 4. Recursos especiais improvidos.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.649.774/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 12.02.2019, DJe 15.02.2019 – grifei)

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS. CONCURSO PARTICULAR OU ESPECIAL DE CREDORES. CRÉDITOS EQUIPARADOS A TRABALHISTAS. HONORÁRIOS DE ADVOGADO E FGTS. FORMA DE RATEIO. 1. Controvérsia estabelecida em sede de concurso particular de credores em torno (a) da classificação dos honorários sucumbenciais; (b) da concorrência estabelecida em face de crédito titularizado pela CEF com base em FGTS inadimplido; (c) da forma de pagamento dos créditos privilegiados e de mesma classe. 2. ‘Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei nº 11.101/2005, *observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido diploma legal*’. 3. A solvência dos créditos de mesma e privilegiada classe (equiparada a trabalhista) será realizada proporcionalmente aos créditos titularizados pelos credores concorrentes, desimportando a anterioridade de penhoras. 4. Exegese dos arts. 711 do CPC/73 (art. 908 do CPC/2015) e 962 do Código Civil. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.649.395/SP, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 02.04.2019, DJe 05.04.2019 – grifei)

Sob qualquer prisma que se examine o tema, o posicionamento aqui defendido tem lastro no pronunciamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.649.774, que, embora verse sobre a aplicação de legislação infraconstitucional (e em concurso de credores em recuperação judicial), adota premissas que se amoldam perfeitamente à interpretação que se confere ao artigo 186 do CTN, em cotejo com o artigo 146, inciso III, da Constituição Federal.

Os argumentos de que (i) “os honorários advocatícios de que trata o feito originário desta arguição são de uma sociedade de advogados, de uma pessoa jurídica, e não de uma pessoa física”; (ii) “trata-se de honorários contratuais, e não de sucumbência”, pretendendo a sociedade de advogados obstar, em uma execução fiscal, o levantamento de valores pela União, sob o fundamento da preferência de seu crédito; (iii) “o crédito tributário é crédito de toda a sociedade brasileira”, de modo que “conceder preferência aos honorários advocatícios, em detrimento do crédito tributário, é preterir a população de um recurso que é seu, em benefício de uma determinada classe de profissionais, os advogados”, o que não poderia ocorrer sem a edição de uma lei complementar, tal como exige a Constituição Federal; (iv) não cabe ao Judiciário excepcionar todos os créditos decorrentes do trabalho; e (v) “o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente deixado claro que matérias que digam respeito a normas gerais em matéria tributária necessitam de lei complementar” (p. ex. os julgamentos sobre a prescrição e a decadência do crédito tributário, assim como a imunidade tributária – Tema STF nº 32) não invalidam o até aqui exposto:

(1) o incidente de arguição de inconstitucionalidade versa, *exclusivamente*, sobre a compatibilidade do *artigo 85, § 14, do CPC* com o *artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal*;

(2) o *artigo 85, § 14, do CPC* contém regra que positiva uma preferência do crédito decorrente de *honorários advocatícios sucumbenciais* ao crédito tributário, nos moldes em que se reconhece aos créditos trabalhistas e acidentários, e, nesse aspecto, *não contraria o artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal*, porquanto *tal benefício se inclui, por interpretação extensiva (ou, ainda, aplicação analógica), na ressalva do artigo 186 do CTN*;

(3) as razões fáticas e jurídicas que justificam a preferência dos créditos trabalhistas e acidentários legitimam a extensão desse privilégio aos créditos decorrentes de honorários advocatícios sucumbenciais, os quais também se destinam ao sustento do advogado e de sua família;

(4) ao admitir a equiparação do crédito decorrente de honorários advocatícios sucumbenciais aos créditos trabalhistas e acidentários, inserindo-o na ressalva do *artigo 186 do CTN* (seja por interpretação extensiva, seja por integração analógica), o Judiciário não extrapola sua

função constitucional, porquanto autorizado pelo próprio ordenamento jurídico;

(5) a “partir do específico tratamento legal ofertado às sociedades de advogados, considerado o seu objeto social, constata-se que os honorários advocatícios decorrem, necessariamente, do labor, da exploração da atividade profissional de advocacia exercida por seus sócios, do que decorre sua natureza alimentar e, pois, sua similitude com o crédito trabalhista a ensejar o mesmo tratamento privilegiado. É indiferente, para esse propósito, se a exploração da atividade profissional da advocacia se dá individualmente, ou se organizada em sociedade simples. Fato é que a remuneração pelo trabalho desenvolvido pelos advogados em sociedade é na forma do contrato social, repartida, e destina-se, de igual modo, à subsistência de cada um dos causídicos integrantes da banca e de sua família” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.649.774/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 12.02.2019, DJe 15.02.2019); e

(6) a proteção legal “destina-se a garantir o pagamento prévio dos credores trabalhistas e equiparados – e nisso reside o privilégio legal – de uma quantia suficiente e razoável que lhes garanta a subsistência, um mínimo para o seu sustento. *Em relação àquilo que excede essa importância, ainda que se revista da natureza alimentar, seu titular não faz jus ao tratamento privilegiado de receber com precedência aos demais credores*” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.649.774/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 12.02.2019, DJe 15.02.2019), ou seja, para o exercício da preferência material, prevista no artigo 186 do CTN, por equiparação aos créditos trabalhistas e acidentários, *em qualquer espécie de concurso de credores*, o credor de honorários advocatícios deve se submeter ao limite quantitativo imposto aos demais trabalhadores, integrantes da mesma classe, e, dada a origem da verba sucumbencial, a exigência de prévio ajuizamento de ação judicial já está naturalmente suprida.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao incidente de arguição de inconstitucionalidade, para, em interpretação conforme à Constituição, reconhecer a constitucionalidade do artigo 85, § 14, do CPC, nos termos da fundamentação.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Roger Raupp Rios:

Questão central: compreensão do art. 186 do CTN

A meu juízo, a encruzilhada hermenêutica deste julgamento é a interpretação do artigo 186 do CTN, vazado nas letras que seguem: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, *ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho* ou do acidente de trabalho”.

Se os honorários advocatícios não forem “créditos decorrentes da legislação do trabalho”, falta lei complementar definidora da preferência requerida, como concluiu a eminente relatora; noutro sentido, tomando-os como verba alimentar que decorre de atividade laboral, satisfaz-se a ressalva prevista no artigo 186, ao que se chega por interpretação sistemática e teleológica, na linha da divergência.

Ao deslinde da polêmica, não socorre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Primeiro, porque não se debruçou sobre o artigo 146, III, *b*, da CRFB/88, como salientou a relatora; segundo, porque nos precedentes invocados cuidou-se de equiparação de honorários advocatícios a créditos trabalhistas para habilitação em falência e na hipótese de concurso de credores em execução fiscal; terceiro, porque permanece o dissídio jurisprudencial, como demonstrou a relatora. Nesse passo, acrescenta-se que a referência a efeitos transcendentais da motivação, presente no segundo precedente, exige considerar o caso anterior, em que foi registrado que “(...) o alcance do conceito – verba alimentar dos honorários no campo cível – atinge outras esferas, tarefa de interpretação e aplicação que caberá à doutrina e à jurisprudência”, a que o presente julgamento se detém.

Como expressamente consigna o julgado repetitivo do STJ, a razão de decidir ali foi fixada na área cível. Na área tributária, não há como negar a vigência do art. 146, III, *b*, da CRFB/1988, que exige lei complementar em matéria de preferência ao crédito tributário. Daí que, como dito no início deste voto, somente a compreensão inclusiva dos honorários advocatícios na expressão “créditos decorrentes da legislação do trabalho” (CTN, art. 186) fará concluir pela constitucionalidade

do artigo 85, p. 14, do CPC, nele enxergando uma explicitação em legislação ordinária daquilo já previsto na lei complementar tributária.

Natureza alimentar: amplitude

À primeira vista, a literalidade do dispositivo questionado nesta arguição reclama exame cuidadoso (CPC, art. 85, p. 14). O texto cuida dos honorários advocatícios afirmando sua natureza alimentar e os equiparando aos créditos trabalhistas. Como se sabe, não há coincidência necessária entre caráter alimentar e natureza trabalhista, dado que nem todo crédito alimentar tem natureza trabalhista, como demonstram à sociedade pensões, fundadas no direito público ou privado, e benefícios previdenciários, de inegável caráter alimentar e desvinculados do direito do trabalho. Assim, pode-se argumentar que o texto legal ordinário almeja atribuir a crédito alimentar específico, ao lado dos créditos trabalhistas e dos acidentários, os mesmos privilégios da legislação do trabalho, o que seria inovação em face do texto complementar tributário.

Desse modo, assentada a natureza alimentar dos honorários advocatícios, resta saber, para fins de enquadramento na moldura do artigo 186 do CTN, se de tal natureza decorre a equiparação a créditos decorrentes da legislação do trabalho. Como dito acima, dizer que uma verba é alimentar não significa dizer, necessariamente, que tenha natureza trabalhista. De fato, muitas rubricas alimentares não ostentam natureza trabalhista.

Tanto é assim que este Tribunal viu necessária e procedente arguição de inconstitucionalidade (parcial) do texto do próprio artigo 186 do CTN, por este não abrir espaço para a preferência de crédito alimentar em favor de criança e adolescente, hipótese em que o texto legal complementar não se amolda aos artigos 5º, 227 e 229, todos da CRFB/1988.

Transcrevo a ementa:

“TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDO. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ARTIGO 186 DO CTN. 1. O dispositivo em comento fere a Constituição Federal, ainda que de forma parcial, já que atenta contra o princípio de proteção prioritária assegurada à criança e ao adolescente (art. 227, CF); contra o dever de assistência imposto pelo artigo 229 da CF; bem como consagra, em situações como a dos autos, tratamento anti-isonômico, conferindo maior proteção aos

empregados que aos filhos do indivíduo. 2. Incidente de arguição de inconstitucionalidade acolhido.” (TRF4, ARGINC 2009.04.00.033108-1, Corte Especial, relatora Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 14.09.2010)

Nessa linha, da premissa hermenêutica que enxerga, corretamente, previsão de verba alimentar no artigo 85, p. 14, do CPC não decorre direta nem necessariamente subsunção à previsão do artigo 186 do CTN, pois a literalidade deste dispõe sobre créditos decorrentes da legislação do trabalho, sem responder textualmente sobre a pertinência da verba alimentar honorária à categoria de crédito decorrente da legislação do trabalho. Diante disso, invoca-se argumentação de ordem sistemática e teleológica.

Sobre esse ponto, portanto, detenho-me agora.

“Crédito decorrente da legislação do trabalho”: compreensão jurídica

Trata-se de delimitar a extensão do conceito de crédito decorrente da legislação do trabalho.

Poder-se-ia cogitar que se trata de questão já respondida pelo STJ, ao julgar o RESP nº 1.152.218, pelo rito dos repetitivos. Como referi acima, salvo melhor juízo, daquele precedente não se extrai solução para tal questão. Ali, ao mesmo tempo que o STJ afirmou a natureza alimentar dos honorários advocatícios e sua equiparação aos trabalhistas para habilitação em falência (relação de direito privado, como expressamente referido quando o julgado salientou a eventual transcendência de seus motivos), ficou consignado pelo relator que, do ponto de vista fazendário, naquele caso, nem haveria interesse na defesa de tese contrária à manifestada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Isso porque a preferência do crédito trabalhista somente ocorre quando a Fazenda opta pela habilitação na falência, o que não ocorre na cobrança judicial de crédito tributário, que não se sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento (CTN, art. 187). Ou seja, a regulação sistemática das preferências estabelece posição mais favorável ao crédito tributário em relação a outras verbas. Ademais, com repercussão direta para este incidente, ali também ficou expresso, quando da menção a efeitos transcendentais da motivação, que os efeitos daquela premissa para além do

campo cível carecem de análise ulterior, tarefa para a qual o relator expressamente convoca a doutrina e a jurisprudência.

Ultrapassada essa questão prévia, fica aberta a tarefa de compreender o significado da expressão “créditos decorrentes da legislação de trabalho”, a fim de concluir pela inclusão, ou não, em seu conceito, dos honorários advocatícios.

Com a devida vênia dos argumentos em contrário, chego à conclusão negativa, pelos fundamentos que seguem.

(a) Unidade do ordenamento jurídico

As expressões jurídicas incorporadas em um ramo do direito devem, em princípio, observar o significado a elas atribuído no respectivo ramo de origem. Isso em virtude da unidade do sistema jurídico, cujos efeitos são assim resumidos por Alfredo Augusto Becker:

“Em resumo: as regras jurídicas que geram as relações jurídicas tributárias são regras jurídicas organicamente enquadradas num único sistema que constitui o ordenamento jurídico emanado de um Estado. Dessa homogeneidade sistemática (homogeneidade essencial para o funcionamento de qualquer organismo e, portanto, essencial para a certeza do direito que deve derivar do organismo jurídico) decorre a consequência de que a regra de Direito Tributário, ao fazer referência a conceito ou instituto de outro ramo do direito, assim o faz, aceitando o mesmo significado jurídico que emergiu daquela expressão (fórmula ou linguagem legislativa) quando ela entrou para o mundo jurídico naquele outro ramo do direito. Somente, há deformação ou transfiguração pelo Direito Tributário, quando este, mediante regra jurídica, deforma ou transfigura aquele conceito ou instituto; ou melhor, quando o Direito Tributário cria uma nova regra jurídica, tomando como ‘dado’ (matéria-prima para a elaboração da nova regra jurídica) o ‘construído’ (conceito ou instituto jurídico de outro ramo do direito).” (*Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1988. p. 125)

Tomando como referencial essa abordagem jurídica positiva estampada por Alfredo Augusto Becker, afirma-se a conclusão, a começar pela literalidade da norma, pela não inclusão, no conceito jurídico de crédito decorrente da legislação do trabalho, dos honorários advocatícios.

(b) “Legislação do trabalho”: direito internacional incorporado, sistema e literalidade

Com efeito, a previsão da “legislação do trabalho” indica ramo específico do direito positivo (o direito do trabalho), cuja especificidade em face de outros ramos do direito é a presença de relações individuais e coletivas de trabalho, relações definidas juridicamente como relações

de emprego, nas quais figuram empregadores e empregados. O texto normativo ora analisado, de fato, registra mais do que o termo “trabalho”, ele conecta tais créditos preferenciais à “legislação do trabalho”.

Diante dessa expressão legislativa, cabe perquirir sua compreensão sistemática, que necessariamente tem que considerar o direito internacional dos direitos humanos incorporado ao ordenamento nacional, como, a propósito, salientado por meio de memorial ofertado pela Ordem dos Advogados do Brasil – seccional RS, na condição de *amicus curiae*. O exame das normas internacionais incorporadas, a meu juízo, caminha na mesma direção acima indicada.

A Convenção nº 95 da OIT, em seu artigo 1º, define salário como contraprestação devida em virtude de contrato de aluguel de serviços em que figura um empregador e um trabalhador, vale dizer, aponta para uma relação empregatícia. Isso não significa, de modo algum, dizer que o trabalho, compreendido como contraprestação contratual, só exista no âmbito de contratos celebrados conforme a legislação trabalhista. O que os textos normativos fazem concluir, examinados sistematicamente, é que a modalidade de prestação de trabalho que foi destacada como preferencial ao crédito tributário no CTN é aquela que se dá na forma da legislação trabalhista. Evidentemente, pode-se legitimamente questionar se tal distinção fere a isonomia (em sentido material) e, em caso positivo, quais seriam as consequências jurídicas disso, questão sobre a qual deixarei explícita minha posição e suas razões abaixo.

(c) Igualdade formal, proibição de discriminação e liberdade de profissão e trabalho

Ainda sistematicamente, não socorre à tese da inclusão a alusão a diversas normas constitucionais, quais sejam, à igualdade formal (art. 5º, *caput*), à liberdade de profissão, ofício ou trabalho (art. 5º, XIII) e à proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII).

A distinção de tratamento entre a remuneração do profissional liberal e a do trabalhador assalariado, em termos meramente formais, invoca a distinção fática e jurídica entre empregados e profissionais liberais, que se submetem a regimes jurídicos diversos, não só remuneratórios; a liberdade de trabalho, ofício ou profissão não está restringida pelo

artigo 186 do CTN ao prever consequências diversas para a contraprestação de espécies distintas de serviços prestados; do artigo 186 do CTN também não decorre distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, dado que o critério ali estampado é a relação jurídica subjacente à prestação de trabalho, até porque todas essas modalidades de trabalho (manual, técnico e intelectual) cabem e são efetivamente prestadas, tanto sob a égide de contratos civis de prestação de serviços, quanto em vínculos trabalhistas.

(d) CTN, art. 186: natureza jurídica dos créditos e conceitos jurídicos referidos

Outro aspecto a ser analisado diz respeito à utilização pelo direito tributário de expressão atinente a outro ramo do direito: créditos decorrentes da legislação do trabalho.

Em princípio, como acima examinado, a utilização de expressões e conceitos no ordenamento jurídico acompanha sua compreensão técnico-jurídica, vale dizer, entre um significado genérico (legislação do trabalho = qualquer prestação de trabalho, não importa sob que regulação) e um tecnicamente mais preciso (legislação do trabalho = relações jurídicas decorrentes de norma jurídica do direito do trabalho), este prefere àquele.

Não se deve ignorar, contudo, que a incorporação de certo conceito pelo direito tributário pode conduzir a significado diverso e não coincidente ao empregado no campo originário. O debate jurisprudencial sobre o conceito de faturamento, oriundo do direito comercial, e sua compreensão como receita bruta, no direito tributário, ilustra a suficiência esse fenômeno.

Assim, há que se considerar, na interpretação do direito vigente, não só o sistema e a literalidade das normas discutidas, como também o “contexto de significado” em que utilizado o conceito. “Não importa quantos significados uma palavra possa ter no dicionário, não haverá confusão se apenas um deles possa fazer sentido em qualquer situação específica” – alerta Stephen Ullmann (*apud* VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e competências tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 188).

Assim, a observância da literalidade do texto, dos campos do direito tributário e do direito do trabalho e de sua relação no ordenamento jurí-

dico, a jurisprudência historicamente construída, a afirmação do direito do trabalho como ramo do direito voltado à proteção mais intensa dos trabalhadores em comparação aos serviços prestados sob o direito civil, tudo conduz à resposta negativa sobre a subsunção da prestação civil de trabalho na expressão “legislação do trabalho”, precisamente dados os elementos que compõem o contexto de significado em que redigido o texto do artigo 186 do CTN.

A reforçar tal entendimento, mais uma vez chama atenção a literalidade do artigo 186 do CTN. Nos seus dizeres, “o crédito tributário prefere a qualquer outro, *seja qual for sua natureza* ou o tempo de sua constituição, *ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho* ou do acidente de trabalho”.

A advertência no texto normativo, sobre a preferência do crédito tributário diante de outros créditos, “seja qual for sua natureza”, abrangeria créditos de natureza alimentar, ressalvados os decorrentes da legislação do trabalho ou de acidente de trabalho?

A história jurisprudencial indica tal conclusão. Como se sabe, até o aludido RESP nº 1.152.218/RS, não havia dúvida na jurisprudência quanto à preferência do crédito tributário sobre a verba alimentar honorária, dada a redação do artigo 186 do CTN. Vale dizer, a natureza alimentar, como outras tantas “naturezas jurídicas”, pode se compreender englobada na aposição “seja qual for sua natureza”, bem como atribuído um significado delimitado e distinto à expressão “créditos decorrentes da legislação do trabalho”, em contraste com “créditos alimentares”.

Com efeito, a argumentação pode avançar indagando acerca do que seja a “natureza jurídica” de um crédito. Sem adentrar no debate teórico acadêmico, é interessante registrar que a determinação da “natureza jurídica” de um direito, instrumento, função, crédito, instituto, disciplina dogmática, etc. acaba por revelar-se, no mais das vezes, como recurso argumentativo para a atribuição de consequências jurídicas em certo caso concreto, sem se fundar sobre a definição de determinada “ontologia jurídica” de determinado direito, crédito ou instituto (sobre o ponto, ver o artigo “Natureza jurídica: ela está no meio de nós?”, no qual Gerson Tadeu Astolfi Vivan Filho, inclusive valendo-se de pesquisa empírica na jurisprudência penal deste TRF4, indica que os diferentes significados da “natureza jurídica”, na prática, se constroem processu-

almente e de modo problemático, sem correspondência ao modelo das ciências naturais).

(e) Isonomia material entre honorários advocatícios e créditos decorrentes da legislação do trabalho

Resta, por fim, analisar se o tratamento desigual entre créditos alimentares de natureza diversa (honorários advocatícios alimentares, créditos trabalhistas alimentares e verbas alimentares em favor de crianças e adolescentes, por exemplo) viola o mandamento da igualdade e, em caso positivo, qual a respectiva consequência jurídica.

No julgamento da aludida arguição de inconstitucionalidade, a relatora ponderou que:

“(…) o art. 186 do CTN também institui tratamento anti-isonômico, em clara violação do art. 5º, *caput*, da CF, no momento em que ressalva os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou de acidentes do trabalho e não o faz com relação aos alimentos devidos pelo pai/mãe aos filhos menores, ou os créditos daí decorrentes. Permitir-se tal tratamento levaria ao absurdo de permitir que o crédito fiscal cedesse preferência diante de um crédito detido por um ex-empregado do executado, mas não diante de um crédito originado de uma execução de alimentos detido pelo filho do executado. Pergunto: é razoável que se confira maior proteção à relação de emprego que à relação filial? Há justificativa razoável para que o crédito do empregado seja preservado, e o do filho, ambos alimentares, não?”

Juízos de igualdade material requerem a explicitação do critério e da finalidade da diferenciação legislativa. O artigo 186 do CTN distingue créditos trabalhistas e acidentários de todos os demais, encartado no capítulo sobre garantias e privilégios do crédito tributário. Nesse contexto de favorecimento do crédito tributário, o dispositivo que ressalva a preferência reza que, independentemente da natureza ou do tempo de constituição, a preferência é do crédito tributário, à exceção daqueles trabalhistas ou acidentários.

Como dito acima, o aposto – “seja qual for sua natureza” – é desafiador e sua compreensão jurídica reclama carga argumentativa explícita. O que define a natureza de um crédito? O ramo em que encartada a norma jurídica cuja incidência tem o respectivo crédito como efeito? A função por ele desempenhada? Se a resposta for o ramo do direito a que pertence a norma jurídica da qual deriva o crédito, haverá natureza distinta entre créditos trabalhistas e créditos decorrentes de obrigação civil, ainda que possam ter a mesma função alimentar; se a pesquisa to-

mar como referência a função do crédito, aí abrem-se novas perguntas: qual, dentre as várias funções possíveis, se deve observar: social? Econômica? Pública? Privada? Proteção de hipossuficientes? Conforme a função invocada, haverá diferentes classificações.

No contraste entre créditos alimentares decorrentes de contratos civis e de contratos trabalhistas, podem-se vislumbrar distinções de variada ordem. Seja pela origem histórica, pelo contexto social, pela evolução, pelos valores políticos, sociais e econômicos presentes, como aponta Orlando Gomes (*O destino do direito do trabalho*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/6601/4720+&c-d=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 dez. 2019), seja pela significativa predominância das diferenças, particularmente no mandato, entre contratos civis e contratos trabalhistas, como demonstra Maurício Delgado (Contrato de trabalho e afins: comparações e distinções. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, 31 (61), p. 75-92, jan./jun. 2000):

“Mandato é o contrato mediante o qual uma pessoa ‘recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses’ (art. 1.288, CCB). A procuração é instrumento de exteriorização desse tipo de contrato. Há autores que chegaram a perceber no mandato a própria natureza jurídica do contrato empregatício (por exemplo, Troplong). Nessa linha, o empregado seria o mandatário, e o empregador, o mandante. Embora haja evidente exagero em tamanha assimilação de figuras, é também inquestionável que existem semelhanças tópicas entre as duas modalidades de contrato. De um lado, sabe-se que ambos são contratos de atividade; de outro lado, parece haver relativa subordinação do mandatário perante o mandante, já que aquele não pode extrapolar os poderes outorgados por este. Acresça-se a isso a circunstância de a representação – inerente ao mandato – poder também verificar-se no contrato empregatício. Finalmente, aduza-se que a onerosidade, elemento atávico ao contrato de emprego, também pode comparecer ao contrato de mandato.

Porém, muito mais significativas que as semelhanças são as diferenciações existentes entre o contrato de mandato e o de emprego. Em primeiro lugar, embora sejam ambos contratos de atividade, é sumamente distinta a natureza da atividade englobada pelos dois contratos: enquanto o mandatário realiza atos jurídicos, o empregado essencialmente volta-se à prática de atos materiais (apenas os altos empregados é que tendem também a realizar, como parte do contrato empregatício, atos jurídicos em nome do empregador). Em segundo lugar, a subordinação é elemento fático-jurídico essencial ao contrato de trabalho, ao passo que ela não é da essência do contrato de mandato. Na verdade, a relação mandante/mandatário é francamente dúbia, uma vez que, ao mesmo tempo que o mandatário está jungido às fronteiras dos poderes lançados pelo mandante, este também fica comprometido com o exercício de poderes concretamente realizado pelo mandatário. De todo modo, não parece próprio até mesmo falar-se em subordinação no mandato: o que ocorre, tecnicamente, é uma especificação prévia de poderes, e não exatamente subordinação. Efetivamente, ao

contrário do contrato empregatício, no mandato o mandante não pode exercer um contínuo e repetitivo número de ordens sobre o mandatário – ao lhe outorgar o mandato, já estabelece os limites máximos e mínimos dos poderes transferidos, deixando ao mandatário a direção sobre o real exercício desses poderes. Em terceiro lugar, a representação é nota característica indissociável do mandato, ao passo que é elemento meramente circunstancial do contrato empregatício. Nestes, ela tende a comparecer apenas nos contratos envolvendo a altos empregados, sendo estranha à larga massa de contratos de emprego que caracteriza o mercado de trabalho. Em quarto lugar, a onerosidade é elemento fático-jurídico essencial ao contrato de trabalho, sem cuja presença esse tipo contratual sequer se forma no mundo sociojurídico. No mandato, ao contrário, a onerosidade surge como elemento circunstancial do pacto celebrado, não comparecendo em um largo universo de mandatos pactuados no contexto social. Além de todas essas decisivas diferenças, cabe ainda enfatizar-se que no mandato a relação jurídica é tríplice (mandante, mandatário e terceira pessoa), enquanto no contrato de trabalho é essencialmente dúplice a relação jurídica formada. O mandato, por fim, é sempre revogável; a revocabilidade é-lhe inerente. Já o contrato empregatício tende à permanência (princípio da continuidade da relação de emprego), sendo que, às vezes, sequer pode ser extinto, validamente, pela só vontade do empregador (estabilidade e garantias de emprego).”

Dispositivo

Diante desses fundamentos, com a vênua da divergência, voto por acompanhar a relatora.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto: Acompanhei atentamente os votos até então proferidos e extraio compreensão na mesma direção do voto divergente.

É desnecessário aqui reproduzir, interpretar ou complementar os argumentos lançados muito bem invocados por aqueles que me antecederam.

Pondero apenas que a norma geral que fixa ordem de preferência dos créditos trabalhistas deveria ser interpretada restritivamente, fazendo a adequada distinção entre relações: verbas decorrentes das relações de trabalho e de qualquer outra atividade laboral.

Não se trata, alerte-se, de menosprezo aos vínculos jurídicos não albergados pela legislação específica, tampouco de fazer distinção entre cidadãos para criarem-se classes especiais. À evidência, contudo, a norma tem caráter protetivo em prol daquele menos favorecido que é digno da proteção do Estado.

Usando uma expressão bastante comum, justifica-se o tratamento desigual para desiguais. Assim, parece-me que equiparar situações diversas, sem desprezar o relevo constitucional da advocacia, seria colocar no mesmo patamar os menos e os mais privilegiados sob a ótica da proteção trabalhista, sempre lembrando que, no estágio falimentar de uma empresa, a ponto de ratear créditos, a inclusão de alguns pressupõe a exclusão de outros, ainda que apenas em parte.

E, sob tal perspectiva, sem embargos de excelentes fundamentos para que não se receba a regra com temperamentos, entendo que cabe sim ao Judiciário fixar os parâmetros aplicáveis e realizar o necessário cotejo entre situações distintas, sobretudo quando se está a estabelecer importante premissa para julgamentos posteriores.

Pois bem.

Faço, porém, apenas ressalva do meu entendimento pessoal, considerando que julgados anteriores do Superior Tribunal de Justiça, inclusive pela Corte Especial na sistemática dos recursos repetitivos, apontam para a constitucionalidade da natureza trabalhista dos honorários advocatícios. Nesse sentido, os precedentes citados no voto da e. Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha:

“PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 1.022 DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. PREFERÊNCIA SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Não se configurou a ofensa ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador 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. 2. A Corte Especial, quando da apreciação do REsp 1.351.256/PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 19.12.2014, ratificou o entendimento proferido no REsp 1.152.218/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. 3. O STJ, ao analisar os Embargos de Declaração nos REsp 1.351.256/PR, consignou que a ‘controvérsia a ser analisada diz respeito à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores em sede de execução fiscal’. Dessa forma, não há mais dúvidas de que os honorários advocatícios estão incluídos na ressalva do art. 186 do CTN. 4. Recurso especial não provido.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.800.273/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 11.04.2019, DJe 31.05.2019)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. ENTENDIMENTO FIRMA-

DO PELA CORTE ESPECIAL NO JULGAMENTO DOS EDCL NOS ERESP 1.351.256/PR. 1. É assente no STJ que a verba honorária não perde seu caráter alimentar em virtude de ser destinada a sociedade de advogados. Precedentes: AgRg no AREsp 715.524/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 25.09.2015; REsp 1.358.331/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.02.2013; AgRg no REsp 1.228.428/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29.06.2011. 2. A Corte Especial adotou o novel entendimento de que os honorários advocatícios ostentam natureza alimentar e detêm privilégio geral em concurso de credores, equiparando-se ao crédito trabalhista, mesmo em se tratando de execução fiscal. Precedente: EDcl nos ERESP 1.351.256/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 20.03.2015. 3. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.749.491/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 06.11.2018, DJe 19.11.2018)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONCURSO DE CREDITORES. EXECUÇÃO FISCAL. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. MATÉRIA JULGADA SOB O REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (RESP Nº 1.152.218/RS). ART. 83, INCISO I, DA LEI Nº 11.101/2005 E ART. 711 DO CPC. MATÉRIAS NÃO DEVOLVIDAS AO STJ. 1. A controvérsia a ser analisada diz respeito à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores em sede de execução fiscal. No julgamento dos embargos de divergência, utilizou-se como paradigma o acórdão proferido pela Corte Especial (REsp 1.152.218/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 07.05.2014, DJe 09.10.2014), em que se pacificou o entendimento, submetendo-o à sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que *os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. Tal posicionamento pode ser aplicado ao presente caso, em que se discute sobre o concurso de credores em sede de execução fiscal, uma vez que, conforme consignado no acórdão paradigma, ‘embora a controvérsia se tenha instalado no âmbito de falência regida ainda pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, o entendimento eventualmente adotado é transcendente’*. 2. Quanto à questão referente ao limite do crédito (art. 83, inciso I, da Lei nº 11.101/2005), tal tema não foi devolvido ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que só se discute nos presentes autos a classificação do crédito relativo a honorários advocatícios no concurso de credores, devendo tal ponto ser apreciado pelo juízo da execução, caso a ele seja submetido. Em relação à aplicação do art. 711 do CPC, cabe ao juízo da execução a sua verificação. 3. Foram apresentados dois embargos de declaração pela mesma parte (fls. 703-704 e 705-706). Assim, quanto aos segundos embargos (fls.705-706), tem-se que não ultrapassam o juízo de admissibilidade, uma vez que a duplicidade de recursos interpostos pela mesma parte, a fim de impugnar a mesma decisão, importa o não conhecimento do recurso que foi interposto por último, haja vista a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade das decisões. 4. Embargos de declaração de Silvana Meire Ropelatto Fernandes e outros parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer o ponto questionado. Primeiros embargos de declaração de Valéria Maciel de Campos Lavorenti rejeitados e segundos não conhecidos.” (STJ, Corte Especial, EDcl nos ERESP 1.351.256/PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 04.03.2015, DJe 20.03.2015)

Tenho que desse paradigma não pode esta Corte se distanciar.

A par disso, comungo, em primeiro lugar, do entendimento segundo o qual o crédito decorrente dos honorários sucumbenciais equiparados aos trabalhistas deverá se sujeitar às mesmas limitações dos demais credores. O recorte, aliás, consta expressamente no voto proferido pela Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, *ipsis litteris*:

“(6) a proteção legal ‘destina-se a garantir o pagamento prévio dos credores trabalhistas e equiparados – e nisso reside o privilégio legal – de uma quantia suficiente e razoável que lhes garanta a subsistência, um mínimo para o seu sustento. *Em relação àquilo que excede essa importância, ainda que se revista da natureza alimentar, seu titular não faz jus ao tratamento privilegiado de receber com precedência aos demais credores*’ (STJ, 3ª Turma, REsp 1.649.774/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 12.02.2019, DJe 15.02.2019), ou seja, para o exercício da preferência material, prevista no artigo 186 do CTN, por equiparação aos créditos trabalhistas e acidentários, *em qualquer espécie de concurso de credores*, o credor de honorários advocatícios deve se submeter ao limite quantitativo imposto aos demais trabalhadores, integrantes da mesma classe, e, dada a origem da verba sucumbencial, a exigência de prévio ajuizamento de ação judicial já está naturalmente suprida.”

Por fim, não vejo como dar o mesmo tratamento aos honorários sucumbenciais – a serem inseridos na ordem de preferência dos créditos falimentares – e àqueles devidos em decorrência de relação contratual típica das relações civis.

Até mesmo em face da especialização, o Código de Processo Civil apenas traz previsão relativa aos honorários sucumbenciais, e de outra forma não poderia dispor, diga-se.

No aspecto, não se diferencia o inadimplemento civil do contrato de honorários daquele inadimplemento de uma empresa ou de uma pessoa física que presta serviços à pessoa jurídica. Em regra, tais honorários verteriam para os contratados, mas apenas indiretamente se destinariam a pagamentos trabalhistas. Na mesma situação, por exemplo, se enquadrariam os profissionais liberais, que não são beneficiados com a ordem de preferência no processo falimentar.

O contrato de mandato não é exclusividade da advocacia, lembrando que o Código Civil estabelece em seu art. 593 que a prestação de serviço que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial reger-se-á pelas disposições do capítulo VII do códex. A lei subjetiva é bem mais detalhada, mas o preceito que afasta as contratações do âmbito trabalhista – nas espécies previstas – é inquestionável.

Ou seja, nem todo contrato ou prestação de serviço enquadra-se na categoria trabalhista, e penso que a relação entre advogado e cliente tem nítida natureza civil, não se aplicando, exceto aos honorários sucumbenciais, a regra de equiparação preferencial.

De todas essas razões, concluo, em interpretação conforme:

(a) é constitucional a previsão contida no art. 85, § 14, do Código de Processo Civil;

(b) a equiparação aos créditos trabalhistas para fins de habilitação em processo falimentar beneficia exclusivamente os créditos sucumbenciais, não alcançando os honorários advocatícios contratuais e aqueles destinados à pessoa jurídica sociedade de advogados;

(c) aos créditos decorrentes dos honorários advocatícios sucumbenciais, por equiparação aos trabalhistas, aplicam-se os mesmos limites dos demais créditos incluídos no concurso de preferências.

Consideradas essas premissas, ressalto apenas que a pretensão da agravante, em razão da limitação aos honorários sucumbenciais da pessoa física, restará prejudicada. Isso porque tem-se na origem “Execução de título extrajudicial promovida por RAFAEL PANDOLFO ADVOGADOS ASSOCIADOS, até o limite de R\$ 1.559.665,75 (um milhão, quinhentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), valor atualizado até 15.12.2016”.

Ante o exposto, voto por julgar parcialmente procedente o incidente de arguição de inconstitucionalidade para, em interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, reconhecer a constitucionalidade do art. 85, § 14, do CPC, limitado aos créditos dos demais credores e excluídos da ordem de preferência os honorários contratuais e da pessoa jurídica sociedade de advogados.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz: O presente incidente de arguição de inconstitucionalidade tem por objeto o artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que conta com a seguinte redação:

“Art. 85. (...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”

Segundo a tese ora em análise, o dispositivo retrotranscrito afrontaria o art. 146, III, alínea *b*, da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 146. *Cabe à lei complementar:*

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, *crédito*, prescrição e decadência tributários;

(...)”

Em primeiro lugar, em relação ao posicionamento que propugna pela plena constitucionalidade do art. 85, § 14, do Código de Processo Civil, tenho que tal entendimento implicaria em olvidar, *concessa maxima venia*, o que já assentado no Pretório Excelso sobre a extensão que se deve atribuir à Súmula Vinculante 47, citada anteriormente pela relatora, e que assim dispõe:

“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”

Posteriormente à edição do enunciado supratranscrito, ambas as turmas do Pretório Excelso estabeleceram, em precedentes unânimes, a *inaplicabilidade* da Súmula Vinculante nº 47 aos honorários advocatícios contratuais. Conferir, a propósito, os seguintes precedentes: Rcl 21.916, rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 24.201, rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl 25.608 e Rcl 26.878, rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 27.454, rel. Min. Luiz Fux; Rcl 27.786, rel. Min. Alexandre de Moraes; e, por fim, Rcl 23.886-AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, sendo que deste último extraio a ementa, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ADIMPLEMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DE NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO ENTRE PARTICULARES. SÚMULA VINCULANTE Nº 47. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Súmula Vinculante nº 47 não alcança os honorários contratuais, resultantes do contrato firmado entre advogado e cliente, não alcançando aquele que não fez parte do acordo. 2. A pretensão de adimplemento de honorários decorrentes de cláusula de contrato de prestação de serviço firmado entre a parte vencedora e seu patrono por meio de precatório ou requisição de pequeno valor de

forma destacada do montante principal é matéria que não possui aderência estrita com o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante nº 47. 3. A aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmas é requisito de admissibilidade da reclamação constitucional. 4. Agravo regimental não provido.”

Na mesma toada, a Terceira Turma do colendo STJ posicionou-se no sentido de que o crédito oriundo de honorários advocatícios sucumbenciais pode ser habilitado, no concurso de credores em recuperação judicial, conjuntamente com os créditos de natureza trabalhista. Veja-se:

“RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. LEGITIMIDADE. CONCORRENTE. ADVOGADO. PARTE. SÚMULA Nº 306/STJ. HABILITAÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROTETATÓRIO. ART. 538 DO CPC/1973. MANUTENÇÃO DA MULTA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o crédito oriundo de honorários advocatícios sucumbenciais pode ser habilitado na recuperação judicial de forma conjunta com o crédito trabalhista reconhecido judicialmente, sem a necessidade de habilitação autônoma do advogado, tendo em vista a legitimidade concorrente da parte. 2. *Apesar da inegável autonomia entre o crédito trabalhista e o crédito resultante de honorários advocatícios sucumbenciais, ambos ostentam natureza alimentar, sendo possível afirmar, em virtude do princípio da causalidade, que a verba honorária está intrinsecamente ligada à demanda que lhe deu origem.* 3. *Afigura-se razoável a habilitação do crédito relativo à verba honorária sucumbencial realizada conjuntamente com o crédito trabalhista reconhecido judicialmente ao ex-empregado, a teor da Súmula nº 306/STJ.* 4. A legitimidade para habilitação de honorários sucumbenciais na recuperação no bojo da recuperação judicial, tal qual a execução, pode ser conferida concorrentemente à parte, ainda que referida verba seja de titularidade dos advogados que atuaram no feito. 5. Se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assegura ser possível a execução da verba honorária de sucumbência juntamente com o crédito da parte, por coerência, também deve ser permitido que a habilitação seja promovida pela parte, sem a necessidade de pedido autônomo dos patronos que a representaram na demanda. 6. A orientação jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que a via dos aclaratórios não se presta à mera rediscussão dos fundamentos da decisão embargada. Assim, identificado o caráter protetatório dos embargos declaratórios ou o abuso da parte embargante em sua oposição, impõe-se a aplicação da multa a que se refere o parágrafo único do art. 538 do CPC/1973. 7. Recurso especial conhecido e não provido.” (RESP 1.539.429, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 01.10.2018 – grifei)

Já em relação aos *honorários advocatícios com origem contratual*, porém, aquela mesma turma do tribunal superior entendeu pela impossibilidade de equipará-los aos créditos trabalhistas, apesar de sua natureza alimentar, mormente quando se trata da preferência estabelecida a

favor do crédito tributário. Consulte-se, a propósito, o seguinte precedente daquela Corte:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO NA VIGÊNCIA DO CPC/73. BANCÁRIO. REVISIONAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARRESTO E PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. CRÉDITOS DECORRENTES DE VÁRIAS DÍVIDAS ANTERIORES, INCLUSIVE DE NATUREZA FISCAL. *CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE RESERVA. CRÉDITO TRABALHISTA. NÃO EQUIPARAÇÃO PARA EFEITO DE PREFERÊNCIA SOBRE OS CRÉDITOS FISCAIS.* PRECEDENTES. SÚMULA Nº 568 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. É inaplicável o NCPC a este julgamento, ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: 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. 2. *Embora esta Corte tenha reconhecido a natureza alimentar dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, estes não se equiparam aos créditos trabalhistas, razão pela qual eles não têm preferência diante do crédito fiscal no concurso de credores. Precedentes.* 3. Não foi realizado o cotejo analítico dos casos confrontados, uma vez que inexistente similitude fática dos acórdãos indicados como paradigmas com o acórdão recorrido. Desatendidos, portanto, os requisitos previstos no art. 541, parágrafo único, do CPC/73 e no art. 255 do RISTJ. 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EDcl no AREsp 647.094/SC, Terceira Turma, rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 13.11.2017)

Ora, em havendo distinção firmada tanto no STF como no STJ entre honorários incluídos na condenação e aqueles decorrentes de disposição contratual, entender pela plena constitucionalidade do artigo 85, § 14, da Lei nº 13.105/2015 implica em olvidar que tal alcance irrestrito invadiria a seara reservada, por imperativo do poder constituinte originário, ao processo legiferante da lei complementar, padecendo tal norma, nesse caso, de inconstitucionalidade formal. E isso porque, se o dispositivo questionado alcançar também as hipóteses em que o crédito decorrente de honorários advocatícios contratuais ingressa em concurso de credores junto dos créditos de natureza fiscal, tem-se afronta evidente e inafastável à determinação inscrita no art. 146, III, alínea *b*, da Constituição Federal, bem como ao que dispõe o art. 186, *caput*, do CTN, *in verbis*:

“Art. 186. *O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.*”

Por outro lado, a solução que busca conferir à norma questionada o alcance de permitir a equiparação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios sucumbenciais aos créditos trabalhistas e acidentários com base na parte final do dispositivo retrotranscrito extrapola, com a devida vênia, os limites que se deve conferir à técnica da “interpretação conforme”.

De fato, é bem verdade, como já demonstrado e consoante apontam os doutos colegas, Desembargadores Federais Vivian Josete Pantaleão Caminha e João Pedro Gebran Neto, que a distinção entre honorários de sucumbência e contratuais se mostra evidente, dispensando o tema maiores digressões, porquanto o primeiro caso decorre de imposição legal e é arbitrado pelo órgão judicante, enquanto o segundo advém de pacto contratual e tem seu valor estipulado pela autonomia negocial das partes. Também é verdade que a Lei Complementar nº 118/2005, alterando a redação do art. 186 do CTN, dispôs que o crédito tributário “prefere a qualquer outro”, à exceção do crédito trabalhista e de acidente de trabalho, sendo que uma interpretação extensiva autorizaria, em tese, a equiparação dos honorários sucumbenciais, em concurso de credores, a esses créditos preferenciais.

Tal entendimento, porém, deve decorrer unicamente daquilo que dispõe a respeito atualmente o art. 186 do CTN, com a redação dada pela LC 118/2005, e nunca, ainda que mediante a técnica da “interpretação conforme”, do que dispõe o art. 85, § 14, do CPC, ora questionado. E isso porque, caso se pretenda conferir a esta última norma (ou a qualquer outra constante de lei ordinária, e que atribua natureza alimentar a determinado tipo de crédito) o poder de indiretamente dispor sobre a preferência e os privilégios de créditos tributários, necessariamente se estaria permitindo que a legislação ordinária invadisse, por vias transversas, a seara temática reservada, pela Constituição Federal, à legislação complementar.

Em outras palavras, eventual permissivo de que os honorários advocatícios sucumbenciais gozem, em face de sua natureza alimentar, de preferência frente aos créditos do Fisco deve ter por *única* base o disposto no art. 186 do CTN e a interpretação extensiva admitida em nosso ordenamento, e não qualquer norma constante de lei ordinária, mesmo que mediante a técnica da “interpretação conforme”. Tanto é assim que,

se nova lei complementar viesse a revogar aquele dispositivo constante do CTN, não subsistiria qualquer fundamento para a eventual preferência dos créditos decorrentes de honorários sucumbenciais em relação aos créditos tributários, independentemente da vigência e da validade da norma ora em análise.

O mesmo dá-se em relação ao *limite quantitativo* que se possa estabelecer à preferência dos honorários advocatícios, quando equiparados aos créditos provenientes das relações trabalhistas no concurso de credores. É verdade que o exercício da hermenêutica constitucional exige que sempre seja observado o *postulado do máximo aproveitamento dos atos normativos*, segundo o qual deve o intérprete preferir a manutenção da norma no ordenamento jurídico, se puder conferir-lhe um sentido compatível com a Constituição. Somente a observância desse postulado, aliás, assegura à Constituição sua força normativa plena, por não dispensar o elemento sistemático-teleológico na interpretação das normas infraconstitucionais.

O emprego dessa técnica, todavia, não pode resultar na criação de nova norma, que seja produto exclusivo da atuação jurisdicional. Por isso, no *leading case* em que enfrentou a questão sobre a recepção ou não da antiga Lei da Imprensa em nosso atual ordenamento constitucional, o Pleno do STF ressaltou que “a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação” da norma questionada, sob pena de ocorrer “descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria” (ADPF 130 DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 30.04.2009).

Assim, em síntese, tenho como melhor solução aquela preconizada pela ilustre relatora, ou seja, pela *inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, no sentido de afastar do alcance do § 14 do art. 85 do CPC a possibilidade de estabelecer preferência de pagamento de honorários advocatícios em relação ao crédito tributário*.

Ante o exposto, com a vênia da divergência, voto por acompanhar a relatora.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: O Código Tributário Nacional assim dispõe:

“Art. 186. *O crédito tributário prefere a qualquer outro*, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, *ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.*

(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. (...)”

Por sua vez, o Código de Processo Civil assim dispõe:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)”

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com *os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho*, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”

Das normas acima transcritas, deflui o seguinte:

a) o crédito tributário *prefere a qualquer outro*, exceto quanto aos *créditos decorrentes da legislação do trabalho* ou de *acidentes do trabalho* (CTN, artigo 186, na redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005);

b) os créditos relativos a *honorários advocatícios sucumbenciais* gozam dos mesmos privilégios conferidos aos créditos oriundos da legislação do trabalho (artigo 85, § 14, do atual CPC – Lei nº 13.105, de 18.03.2015).

Indaga-se, então, se os créditos relativos a honorários advocatícios sucumbenciais têm *preferência* (ou não) *sobre os créditos tributários*.

Pois bem.

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

“Art. 146. *Cabe à lei complementar:*

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer *normas gerais em matéria de legislação tributária*, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Parágrafo único. (...)”

Como visto, a atual redação do artigo 186 do CTN (que dispõe sobre a preferência do crédito tributário, em relação a outros créditos com os quais ele concorra):

a) tem a natureza de *norma geral de direito tributário*;

b) tem seu fundamento de validade no artigo 146, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Destaque-se que as *normas gerais de direito tributário* somente podem ser estabelecidas por meio de *lei complementar*.

É verdade que o Código de Processo Civil (artigo 85, § 14) atribui aos créditos relativos a *honorários advocatícios sucumbenciais* os mesmos privilégios atribuídos aos créditos oriundos da legislação do trabalho.

No entanto, tal norma não trata da preferência dos créditos relativos a honorários advocatícios sucumbenciais em relação aos créditos tributários, não sendo sequer possível conceber-se que ela teve o escopo de estabelecê-la, de forma indireta.

Ademais:

a) excepcionalmente, os créditos oriundos da legislação do trabalho preferem aos créditos tributários, quando com eles concorrem (CTN, artigo 186);

b) os créditos relativos a honorários advocatícios sucumbenciais não são enquadrados na categoria dos créditos oriundos da legislação do trabalho;

c) logo, a eles não se aplica a exceção em assunto.

O fato de o Código de Processo Civil conferir aos créditos decorrentes de honorários advocatícios sucumbenciais os mesmos privilégios conferidos aos créditos trabalhistas não faz com que os primeiros decorram da legislação do trabalho.

Os honorários advocatícios sucumbenciais, saliente-se, são devidos pela parte que, num processo judicial, é total ou parcialmente vencida.

De tal sorte, eles não decorrem da legislação do trabalho, a qual pressupõe, para a constituição de um crédito trabalhista, a existência de uma relação de emprego.

No processo judicial, todavia, o advogado da parte vencedora não atua como empregado da parte vencida, à qual cabe o pagamento dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência processual.

Outrossim:

a) as exceções à regra geral de preferência do crédito tributário em relação a outros créditos devem ser interpretadas restritivamente;

b) uma dessas exceções recai, expressamente, sobre os créditos decorrentes da legislação do trabalho;

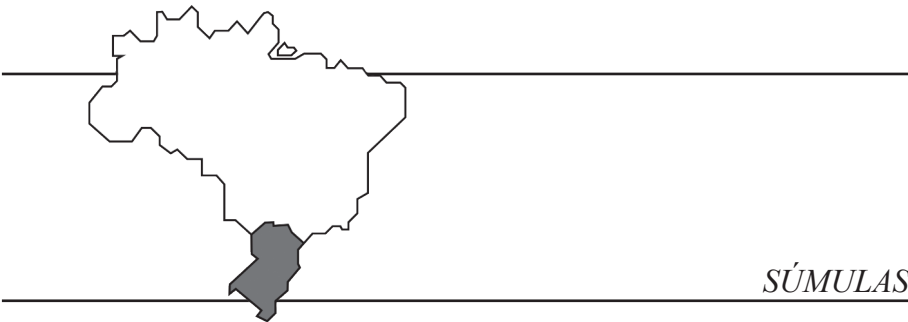
c) à míngua de lei complementar específica, não se faz possível entender essa exceção aos créditos relativos a honorários advocatícios de sucumbência, os quais não decorrem da legislação do trabalho.

Ad argumentandum, ainda que se entenda de modo diverso, impõe-se destacar que a interpretação do artigo 186 do CTN deve ser feita à luz do panorama normativo vigente à época em que sua atual redação foi estabelecida (ou seja, no ano de 2005).

E esse panorama normativo não continha a previsão atualmente contida no § 14 do artigo 85 do Código de Processo Civil (que é de 2015).

Com essas considerações, acompanho o voto da relatora.

Ante o exposto, voto por *declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 14 do art. 85 da Lei Ordinária nº 13.105/2015 (CPC/2015) para afastar a possibilidade de ser atribuída preferência de pagamento aos honorários advocatícios em relação ao crédito tributário*, por afronta ao art. 146, III, *b*, da CF/88, combinado com o art. 186 do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005.



SÚMULAS

SÚMULA Nº 1

“É inconstitucional a exigência do empréstimo compulsório instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986, na aquisição de veículos de passeio e utilitários.” (DJ 02.10.91, p. 24.184)

SÚMULA Nº 2

“Para o cálculo da aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, no regime precedente à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, corrigem-se os salários de contribuição, anteriores aos doze últimos meses, pela variação nominal da ORTN/OTN.” (DJ 13.01.92, p. 241)

SÚMULA Nº 3

“Os juros de mora, impostos a partir da citação, incidem também sobre a soma das prestações previdenciárias vencidas.” (DJ 24.02.92, p. 3.665)

SÚMULA Nº 4

“É constitucional a isenção prevista no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.434, de 19.05.88.” (DJ 22.04.92, p. 989)

SÚMULA Nº 5

“A correção monetária incidente até a data do ajuizamento deve integrar o valor da causa na ação de repetição de indébito.” (DJ 01.05.92, p. 12.081)

SÚMULA Nº 6

“A autoridade administrativa não pode, com base na Instrução Normativa nº 54/81 – SRF, exigir a comprovação do recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.” (DJ 20.05.92, p. 13.384)

SÚMULA Nº 7

“É inconstitucional o art. 8º da Lei nº 7.689 de 15 de dezembro de 1988.” (DJ 20.05.92, p. 13.384)

SÚMULA Nº 8

“Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal.” (DJ 20.05.92, p. 13.385)

SÚMULA Nº 9

“Incidirá correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar.” (DJ 06.11.92, p. 35.897)

SÚMULA Nº 10

“A impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90 alcança o bem que, anteriormente ao seu advento, tenha sido objeto de constrição judicial.” (DJ 20.05.93, p. 18.986)

SÚMULA Nº 11

“O desapropriante está desobrigado de garantir compensação pelo deságio que os títulos da dívida agrária venham a sofrer, se levados ao mercado antecipadamente.” (DJ 20.05.93, p.18.986) (Rep. DJ 14.06.93, p. 22.907)

SÚMULA Nº 12

“Na execução fiscal, quando a ciência da penhora for pessoal, o prazo para a oposição dos embargos de devedor inicia no dia seguinte ao da intimação deste.” (DJ 20.05.93, p. 18.986)

SÚMULA Nº 13

“É inconstitucional o empréstimo compulsório incidente sobre a compra de gasolina e álcool, instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986.” (DJ 20.05.93, p. 18.987)

SÚMULA Nº 14 (*)

“É constitucional o inciso I do artigo 3º da Lei 7.787, de 1989.” (DJ 20.05.93, p. 18.987) (DJ 31.08.94, p. 47.563 (*)CANCELADA)

SÚMULA Nº 15

“O reajuste dos benefícios de natureza previdenciária, na vigência do Decreto-Lei nº 2.351, de 7 de agosto de 1987, vinculava-se ao salário mínimo de referência, e não ao piso nacional de salários.” (DJ 14.10.93, p. 43.516)

SÚMULA Nº 16

“A apelação genérica, pela improcedência da ação, não devolve ao Tribunal o exame da fixação dos honorários advocatícios, se esta deixou de ser atacada no recurso.” (DJ 29.10.93, p. 46.086)

SÚMULA Nº 17 (*)

“No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 70,28% relativo à correção monetária de janeiro de 1989.” (DJ 02.12.93, p. 52.558) (DJ 19.06.95, p. 38.484 (*)REVISADA)

SÚMULA Nº 18

“O depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença.” (DJ 02.12.93, p. 52.558)

SÚMULA Nº 19

“É legítima a restrição imposta pela Portaria DECEX nº 8, de 13.05.91, no que respeita à importação de bens usados, dentre os quais pneus e veículos.” (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 20

“O art. 8º, parágrafo 1º, da Lei 8.620/93 não isenta o INSS das custas judiciais, quando demandado na Justiça Estadual.” (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 21

“É constitucional a Contribuição Social criada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991.” (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 22

“É inconstitucional a cobrança da taxa ou do emolumento para licenciamento de importação, de que trata o art. 10 da Lei 2.145/53, com a redação da Lei 7.690/88 e da Lei 8.387/91.” (DJ 05.05.94, p. 20.933)

SÚMULA Nº 23

“É legítima a cobrança do empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica, instituído pela Lei 4.156/62, inclusive na vigência da Constituição Federal de 1988.” (DJ 05.05.94, p. 20.933)

SÚMULA Nº 24

“São autoaplicáveis os parágrafos 5º e 6º do art. 201 da Constituição Federal de 1988.” (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 25

“É cabível apelação da sentença que julga liquidação por cálculo, e agravo de instrumento da decisão que, no curso da execução, aprecia atualização da conta.” (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 26

“O valor dos benefícios previdenciários devidos no mês de junho de 1989 tem por base o salário mínimo de NCz\$ 120,00 (art. 1º da Lei 7.789/89).” (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 27

“A prescrição não pode ser acolhida no curso do processo de execução, salvo se superveniente à sentença proferida no processo de conhecimento.” (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 28

“São inconstitucionais as alterações introduzidas no Programa de Integração Social (PIS) pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.” (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 29

“Não cabe a exigência de estágio profissionalizante para efeito de matrícula em curso superior.” (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 30

“A conversão do regime jurídico trabalhista para o estatutário não autoriza ao servidor o saque dos depósitos do FGTS.” (DJ 09.06.94, p. 30.113)

SÚMULA Nº 31

“Na ação de repetição do indébito tributário, os juros de mora incidem a partir do trânsito da sentença em julgado.” (DJ 29.05.95, p. 32.675)

SÚMULA Nº 32 (*)

“No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 42,72% relativo à correção monetária de janeiro de 1989.” (DJ 19.06.95, p. 38.484 (*)REVISÃO DA SÚMULA 17)

SÚMULA Nº 33

“A devolução do empréstimo compulsório sobre combustíveis (art. 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86) independe da apresentação das notas fiscais. (DJ 08.09.95, p. 58.814)

SÚMULA Nº 34

“Os municípios são imunes ao pagamento de IOF sobre suas aplicações financeiras.” (DJ 22.12.95, p. 89.171)

SÚMULA Nº 35

“Inexiste direito adquirido a reajuste de vencimentos de servidores públicos federais com base na variação do IPC – Índice de Preços ao Consumidor – de março e abril de 1990.” (DJ 15.01.96, p. 744)

SÚMULA Nº 36

“Inexiste direito adquirido a reajuste de benefícios previdenciários com base na variação do IPC – Índice de Preços ao Consumidor – de março e abril de 1990.” (DJ 15.01.96, p. 744)

SÚMULA Nº 37

“Na liquidação de débito resultante de decisão judicial, incluem-se os índices relativos ao IPC de março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991.” (DJ 14.03.96, p. 15.388)

SÚMULA Nº 38

“São devidos os ônus sucumbenciais na ocorrência de perda do objeto por causa superveniente ao ajuizamento da ação.” (DJ 15.07.96, p. 48.558)

SÚMULA Nº 39

“Aplica-se o índice de variação do salário da categoria profissional do mutuário para o cálculo do reajuste dos contratos de mútuo habitacional com cláusula PES, vinculados ao SFH.” (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 40

“Por falta de previsão legal, é incabível a equivalência entre o salário de contribuição e o salário de benefício para o cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários.” (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 41

“É incabível o sequestro de valores ou bloqueio das contas bancárias do INSS para garantir a satisfação de débitos judiciais.” (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 42 (*)

“A União e suas autarquias estão sujeitas ao adiantamento das despesas do oficial de justiça necessárias ao cumprimento de diligências por elas requeridas.” (DJ 16.04.97, p. 24.642-43) (DJ 19.05.97, p. 34.755 (*)REVISÃO)

SÚMULA Nº 43

“As contribuições para o FGTS não têm natureza tributária, sujeitando-se ao prazo prescricional de trinta anos.” (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 44

“É inconstitucional a contribuição previdenciária sobre o *pro labore* dos administradores, autônomos e avulsos, prevista nas Leis nºs 7.787/89 e 8.212/91.” (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 45

“Descabe a concessão de liminar ou de antecipação de tutela para a compensação de tributos.” (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 46

“É incabível a extinção do processo de execução fiscal pela falta de localização do devedor ou inexistência de bens penhoráveis (art. 40 da Lei nº 6.830/80).” (DJ 14.01.98, p. 330) (Rep. DJ 11.02.98, p. 725)

SÚMULA Nº 47

“Na correção monetária dos salários de contribuição integrantes do cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários, em relação ao período de março a agosto de 1991, não se aplica o índice de 230,40%.” (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 48

“O abono previsto no artigo 9º, § 6º, letra b, da Lei nº 8178/91 está incluído no índice de 147,06%, referente ao reajuste dos benefícios previdenciários em 1º de setembro de 1991.” (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 49

“O critério de cálculo da aposentadoria proporcional estabelecido no artigo 53 da Lei 8.213/91 não ofende o texto constitucional.” (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 50

“Não há direito adquirido à contribuição previdenciária sobre o teto máximo de 20 salários mínimos após a entrada em vigor da Lei nº 7.787/89.” (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 51

“Não se aplicam os critérios da Súmula nº 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos aos benefícios previdenciários concedidos após a Constituição Federal de 1988.” (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 52 (*)

“São devidos juros de mora na atualização da conta objeto de precatório complementar.” (DJ 07.04.98, p. 382) (DJ 07.10.2003, p. 202 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 53

“A sentença que, independentemente de pedido, determina a correção monetária do débito judicial não é ultra ou extra petita.” (DJ 07.04.98, p. 382)

SÚMULA Nº 54

“Os valores recebidos a título de incentivo à demissão voluntária não se sujeitam à incidência do imposto de renda.” (DJ 22.04.98, p. 386)

SÚMULA Nº 55

“É constitucional a exigência de depósito prévio da multa para a interposição de recurso administrativo, nas hipóteses previstas pelo art. 93 da Lei nº 8.212/91 – com a redação dada pela Lei nº 8.870/94 – e pelo art. 636, § 1º, da CLT.” (DJ 15.06.98, p. 584)

SÚMULA Nº 56

“Somente a Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva nas ações que objetivam a correção monetária das contas vinculadas do FGTS.” (DJ 03.11.98, p. 298)

SÚMULA Nº 57

“As ações de cobrança de correção monetária das contas vinculadas do FGTS sujeitam-se ao prazo prescricional de trinta anos.” (DJ 03.11.98, p. 298)

SÚMULA Nº 58

“A execução fiscal contra a Fazenda Pública rege-se pelo procedimento previsto no art. 730 do Código de Processo Civil.” (DJ 18.11.98, p. 518)

SÚMULA Nº 59

“A UFIR, como índice de correção monetária de débitos e créditos tributários, passou a vigor a partir de janeiro de 1992.” (DJ 18.11.98, p. 519)

SÚMULA Nº 60

“Da decisão que não recebe ou que rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito.” (DJ 29.04.99, p. 339)

SÚMULA Nº 61 (*)

“A União e o INSS são litisconsortes passivos necessários nas ações em que seja postulado o benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, não sendo caso de delegação de jurisdição federal.” (DJ 27.05.99, p. 290) (DJ 07.07.2004, p. 240 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 62 (*)

“Nas demandas que julgam procedente o pedido de diferença de correção monetária sobre depósitos do FGTS, não são devidos juros de mora relativamente às contas não movimentadas.” (DJ 23.02.2000, p. 578) (DJ 08.10.2004, p. 586 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 63

“Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional.” (DJ 09.05.2000, p. 657)

SÚMULA Nº 64

“É dispensável o reconhecimento de firma nas procurações ad judicium, mesmo para o exercício em juízo dos poderes especiais previstos no art. 38 do CPC.” (DJ 07.03.2001, p. 619)

SÚMULA Nº 65

“A pena decorrente do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida.” (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 66

“A anistia prevista no art. 11 da Lei nº 9.639/98 é aplicável aos agentes políticos, não aproveitando aos administradores de empresas privadas.” (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 67

“A prova da materialidade nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias pode ser feita pela autuação e notificação da fiscalização, sendo desnecessária a realização de perícia.” (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 68

“A prova de dificuldades financeiras, e consequente inexigibilidade de outra conduta, nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, pode ser feita através de documentos, sendo desnecessária a realização de perícia.” (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 69

“A nova redação do art. 168-A do Código Penal não importa em descriminalização da conduta prevista no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91.” (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 70

“São devidos honorários advocatícios em execução de título judicial, oriundo de ação civil pública.” (DJ 06.10.2003, p. 459)

SÚMULA Nº 71

“Os juros moratórios são devidos pelo gestor do FGTS e incidem a partir da citação nas ações em que se reclamam diferenças de correção monetária, tenha havido ou não levantamento do saldo, parcial ou integralmente.” (DJ 08.10.2004, p. 586)

SÚMULA Nº 72

“É possível cumular aposentadoria urbana e pensão rural.” (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 73

“Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental.” (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 74

“Extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior.” (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 75

“Os juros moratórios, nas ações previdenciárias, devem ser fixados em 12% ao ano, a contar da citação.” (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 76

“Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, devem incidir somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforme a sentença de improcedência.” (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 77

“O cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário concedido a partir de março de 1994 inclui a variação integral do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%).” (DJ 08.02.2006, p. 290)

SÚMULA Nº 78

“A constituição definitiva do crédito tributário é pressuposto da persecução penal concernente a crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90.” (DJ 22.03.2006, p. 434)

SÚMULA Nº 79

“Cabível a denunciação da lide à Caixa Econômica Federal nas ações em que os ex-procuradores do Banco Meridional buscam o pagamento de verba honorária relativamente aos serviços prestados para a recuperação dos créditos cedidos no processo de privatização da instituição.” (DE 26.05.2009)

SÚMULA Nº 80

“Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio.” (DE 01.07.2016)

SÚMULA Nº 81

“O transcurso de lapso temporal razoável superior a um ano é fundamento para a renovação do pedido de penhora *online* via BACENJUD.” (DE 05.07.2016)

SÚMULA Nº 82

É inaplicável o princípio da insignificância ao estelionato cometido em detrimento de entidade de direito público.

SÚMULA Nº 83

Em face da preclusão consumativa, não pode a parte se valer de recurso excepcional adesivo quando, em momento anterior, já houver manifestado sua irresignação por meio do recurso excepcional autônomo.

SÚMULA Nº 84

Concedida a isenção do imposto de renda incidente sobre os proventos de aposentadoria percebidos por portadores de neoplasia maligna, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, não se exige a persistência dos sintomas para a manutenção do benefício.

SÚMULA Nº 85

A adesão a parcelamento de crédito tributário implica a suspensão da execução, mediante o arquivamento do feito, sem baixa na distribuição.

SÚMULA Nº 86

É desnecessária a apresentação de Ato Declaratório Ambiental – ADA para o reconhecimento do direito à isenção de Imposto Territorial Rural – ITR. Todavia, para o gozo da isenção do ITR no caso de área de “reserva legal”, é imprescindível a averbação da referida área na matrícula do imóvel.

SÚMULA Nº 87

É admitida a pena de perdimento de veículo objeto de alienação fiduciária ou de arrendamento mercantil, independentemente da participação do credor fiduciário ou arrendante no evento que deu causa à pena.

SÚMULA Nº 88

O art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/1988, norma que deve ser interpretada na sua literalidade, não faz distinção entre cegueira binocular e monocular, para efeito de isenção de Imposto sobre a Renda.

SÚMULA Nº 89

A instituição da base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar (TSS) por resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar (RDC nº 10, de 2000) afronta o princípio da legalidade tributária, conforme o disposto no art. 97, IV, do CTN.

SÚMULA Nº 90

O encerramento de processo falimentar sem bens aptos à satisfação do crédito tributário, constada a impossibilidade de redirecionamento, conduz à extinção da execução fiscal por falta de interesse processual (art. 485, VI, CPC/15).

SÚMULA Nº 91

No parcelamento que prescinde de ato formal de exclusão, o prazo prescricional é interrompido, recomeçando a fluir, por inteiro, quando do descumprimento do acordo celebrado.

SÚMULA Nº 92

O custo dos serviços de capatazia não integra o “valor aduaneiro” para fins de composição da base de cálculo do imposto de importação.

SÚMULA Nº 93

Os funcionários transferidos da RFFSA para a Valec não têm direito a perceber os seus proventos segundo o plano de cargos e salários dos empregados que sempre foram da Valec, mas sim do plano de cargos e salários da extinta RFFSA (em conformidade com o § 2º do art. 17 da Lei 11.483/2007).

SÚMULA Nº 94

A tipificação do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta.

SÚMULA Nº 95

A pensão especial devida ao ex-combatente pode ser cumulada com outro benefício previdenciário, desde que não tenham o mesmo fato gerador.

SÚMULA Nº 96

A concessão de adicional de atividade penosa para servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, previsto nos artigos 70 e 71 da Lei nº 8.112/90, está condicionada à prévia regulamentação que defina os parâmetros para sua percepção.

SÚMULA Nº 97

O servidor tem direito às férias, bem como ao respectivo adicional, no período correspondente à licença para capacitação, porquanto é considerado como de efetivo exercício, nos termos do art. 102, VIII, e, da Lei nº 8.112/90.

SÚMULA Nº 98

Ressalvadas as hipóteses excepcionais, o registro na Anvisa constitui condição necessária ao fornecimento de medicamentos por decisão judicial.

SÚMULA Nº 99

A dispensação de medicamento oncológico, judicialmente determinada, far-se-á exclusivamente por estabelecimentos de saúde credenciados junto à Rede de Atenção Oncológica – Cacon ou Unacon.

SÚMULA Nº 100

Nas ações em que se busca o deferimento judicial de prestações de saúde sujeitas à ordem de espera, somente se deferirá o pedido caso haja demonstração de que a urgência do caso impõe a respectiva realização antes do prazo apontado pelo Poder Público, administrativamente ou nos autos, para entrega administrativa da prestação.

SÚMULA Nº 101

Para o deferimento judicial de prestações de saúde não inseridas em um protocolo preestabelecido, não basta a prescrição do médico assistente, fazendo-se necessária a produção de provas atestando a adequação e a necessidade do pedido.

SÚMULA Nº 102

É possível o cômputo do interregno em que o segurado esteve usufruindo benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) para fins de carência, desde que intercalado com períodos contributivos ou de efetivo trabalho.

SÚMULA Nº 103

A concessão da aposentadoria híbrida ou mista, prevista no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.213/91, não está condicionada ao desempenho de atividade rurícola pelo segurado no momento imediatamente anterior ao requerimento administrativo, sendo, pois, irrelevante a natureza do trabalho exercido neste período.

SÚMULA Nº 104

A legislação previdenciária não faz qualquer restrição quanto à admissibilidade da prova testemunhal, para comprovação da união estável, com vista à obtenção de benefício previdenciário.

SÚMULA Nº 105

Inexiste óbice à fixação da renda mensal do auxílio-acidente em patamar inferior ao salário mínimo, uma vez que tal benefício constitui mera indenização por redução de capacidade para o trabalho, não se lhe aplicando, assim, a disposição do art. 201, § 2º, da Constituição Federal.

SÚMULA Nº 106

Quando impossível a realização de perícia técnica no local de trabalho do segurado, admite-se a produção desta prova em empresa similar, a fim de aferir a exposição aos agentes nocivos e comprovar a especialidade do labor.

SÚMULA Nº 107

O reconhecimento de verbas remuneratórias em reclamatória trabalhista autoriza o segurado a postular a revisão da renda mensal inicial, ainda que o INSS não tenha integrado a lide, devendo retroagir o termo inicial dos efeitos financeiros da revisão à data da concessão do benefício.

SÚMULA Nº 108

É impenhorável a quantia depositada até quarenta salários mínimos em caderneta de poupança (art. 833, X, NCPC), bem como a mantida em papel-moeda, conta-corrente ou aplicada em CDB, RDB ou em fundo de investimentos, desde que seja a única reserva monetária, e ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude.

SÚMULA Nº 109

É possível que a constrição executiva recaia sobre os direitos que o executado detém no contrato de alienação fiduciária.

SÚMULA Nº 110

Na vigência do CPC de 2015, subsiste o entendimento jurisprudencial consolidado de que o cumprimento individual de sentença de ação coletiva pode ser proposto no foro do domicílio do substituído ou no foro do juízo que proferiu a sentença coletiva, hipótese em que não haverá prevenção e os processos individuais serão livremente distribuídos.

SÚMULA Nº 111

O deferimento do processamento de recuperação judicial não é capaz de suspender, por si só, as execuções fiscais, mas obsta a realização de atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto mantida essa condição.

SÚMULA Nº 112

A responsabilização dos sócios fundada na dissolução irregular da pessoa jurídica (art. 135 do CTN) prescinde de decretação da desconsideração de personalidade jurídica da empresa e, por conseguinte, é inaplicável o incidente processual previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/15.

SÚMULA Nº 113

A certidão do oficial de justiça atestando que a empresa não foi encontrada no endereço fornecido como domicílio fiscal constitui indício suficiente de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução contra o sócio-gerente.

SÚMULA Nº 114

É indevida a exclusão do contribuinte do Programa de Recuperação Fiscal (Refis) instituído pela Lei nº 9.964/2000, sob o fundamento de que as parcelas, calculadas nos moldes da referida norma, são em montante insuficiente à amortização do débito consolidado.

SÚMULA Nº 115

Ação em que a parte-autora objetiva a mera declaração de um direito, cujo reconhecimento acarretaria modificação de atos administrativos apenas de maneira reflexa, torna inaplicável a regra prevista no artigo 3º, § 1º, inciso III, da Lei nº 10.259/2001, prevalecendo a competência absoluta pelo valor da causa, do JEF.

SÚMULA Nº 116

O militar transferido para a reserva sem ter usufruído a licença-prêmio, nem dela se valido para fins de aposentadoria, tem direito à conversão em pecúnia, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da administração.

SÚMULA Nº 117

A lei aplicável para a análise do direito à reversão de pensão especial de ex-combatente é aquela vigente na data do óbito do militar.

SÚMULA Nº 118

Os requisitos específicos previstos no art. 30 da Lei 4.242/1963 devem ser preenchidos não apenas pelo ex-combatente, mas também por seus dependentes que venham a requerer a reversão.

SÚMULA Nº 119

Na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o mero indício da prática de atos ímprobos legitima o recebimento da petição inicial.

SÚMULA Nº 120

O auxílio-transporte é devido a todos os servidores que façam uso de algum meio de transporte, seja público ou privado, para se deslocarem entre sua residência e o local de trabalho, conforme orientação já sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir de interpretação do art. 1º da MP nº 2.165-36/2001.

SÚMULA Nº 121

É competente a Justiça Federal nos feitos em que se discute cobertura securitária, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), quando se tratar de apólice pública (ramo 66), vinculada ao FCVS, considerando o advento da Lei 13.000/2014, que assegurou a intervenção da CEF como representante judicial do FCVS.

SÚMULA Nº 122

Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.

SÚMULA Nº 123

A caracterização do delito de descaminho prescinde da constituição do crédito tributário.

SÚMULA Nº 124

O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

SÚMULA Nº 125

Compete à Justiça Federal a execução das sentenças penais condenatórias por ela proferidas, salvo quando o cumprimento se der em estabelecimento estadual.

SÚMULA Nº 126

Não configura *bis in idem* a aplicação, ao tráfico transnacional de drogas, da causa de aumento relativa à transnacionalidade, prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

SÚMULA Nº 127

A conduta de utilizar ou instalar rádio tranceptor em veículo automotor se enquadra no art. 70 da Lei 4.117/62, não se qualificando como desenvolvimento de atividade de telecomunicação, art. 183 da Lei 9.472/97.

SÚMULA Nº 128

É válida a instauração de procedimento investigatório com base em denúncia anônima, quando amparada por outro indício.

SÚMULA Nº 129

É lícita a sucessiva renovação da interceptação telefônica, enquanto persistir sua necessidade para a investigação.

SÚMULA Nº 130

A agravante baseada em uma única reincidência e a atenuante da confissão espontânea, quando coexistirem, compensam-se integralmente.

SÚMULA Nº 131

Para que o juiz possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, é necessário que a denúncia contenha pedido expresso nesse sentido ou que controvérsia dessa natureza tenha sido submetida ao contraditório da instrução criminal.

SÚMULA Nº 132

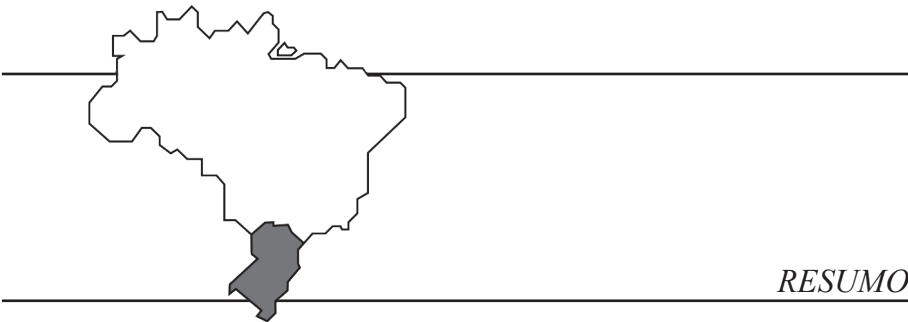
Na hipótese em que a condenação puder ser substituída por somente uma pena restritiva de direitos, a escolha entre as espécies previstas em lei deve recair, preferencialmente, sobre a de prestação de serviços à comunidade, porque melhor cumpre a finalidade de reeducação e ressocialização do agente.

SÚMULA Nº 133

Na execução ou no cumprimento individual de sentença proferida em ação coletiva, mesmo na vigência do CPC 2015, são cabíveis honorários advocatícios, ainda que não embargada, mantendo-se válido o entendimento expresso da Súmula 345 do Superior Tribunal de Justiça.

SÚMULA Nº 134

A ausência de impugnação pela Fazenda Pública ao cumprimento de sentença não enseja a redução pela metade dos honorários advocatícios por ela devidos, não sendo aplicável à hipótese a regra do artigo 90, § 4º, combinado com o artigo 827, § 1º, ambos do CPC 2015.



RESUMO

Resumo

Trata-se de publicação oficial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com periodicidade quadrimestral e distribuição nacional. A Revista contém inteiros teores de acórdãos recentes selecionados pelos Excelentíssimos Desembargadores, abordando as matérias de sua competência. Traz, ainda, discursos oficiais, arguições de inconstitucionalidade e as súmulas editadas pelo Tribunal, além de artigos doutrinários nacionais e internacionais de renomados juristas e, principalmente, da lavra dos Desembargadores Federais integrantes desta Corte.

Summary

This is about an official triannual publication of Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Federal Regional Court of Appeals of the 4th Circuit) in Brazil, distributed nationally. The periodical contains the entire up-to-date judgments selected by the federal judges, concerning to the matters of the federal competence. It also brings the official speeches, the arguings unconstitutionality and the law summarized cases edited by the Court, as well as the national and the international doctrinal articles, written by renowned jurists and mainly those written by the Judges of this Court.

Resumen

Esta es una publicación oficial del Tribunal Regional de la 4ª Región, con periodicidad cuatrimestral y distribución nacional. La

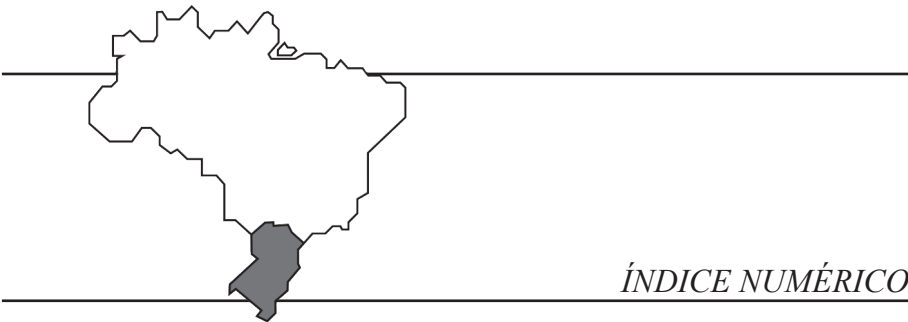
Revista contiene la íntegra de recientes decisiones, seleccionadas por Magistrados componentes de esta Casa, abordando materias de su competencia, también discursos oficiales, cuestiones sobre control de constitucionalidad, sùmulas editadas por el propio Tribunal, artículos de doctrina nacional y internacional escritos por renombrados jurisconsultos y, principalmente, aquellos proferidos por Jueces que pertenecen a esta Corte.

Sintesi

Si tratta di pubblicazione ufficiale del Tribunale Regionale Federale della Quarta Regione, con periodicità quadrimestrale e distribuzione nazionale. La rivista riproduce l'íntegra di sentenze recenti selezionate dai egregi Consiglieri della Corte d'Appello Federale, relazionate alle materie della sua competenza. Riproduce, ancora, pronunciamenti ufficiali, ricorsi di incostituzionalità, la giurisprudenza consolidata pubblicata dal Tribunale e testi dottrinali scritti dai Consiglieri di questa Corte d'Appello e da rinomati giuristi nazionali ed internazionali.

Résumé

Il s'agit d'une publication officielle du Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Tribunal Régional Fédéral de la 4ème Région), dont la périodicité est quadrimestrielle et la distribution nationale. Cette revue publie les textes complets des arrêts les plus récents, sélectionnés par les Juges Conseillers de la Cour d'Appel, concernant des matières de leur compétence. En plus ce périodique apporte aussi bien des discours officiels, des argumentations d'inconstitutionnalité, des arrêts édités par le Tribunal, des articles doctrinaires, y compris des textes rédigés par les Juges Conseillers de cette Cour de Justice et par des juristes nationaux et internationaux renommés.



ÍNDICE NUMÉRICO

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL

5012094-44.2018.4.04.7200/SC (AC) Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz	53
5013483-62.2020.4.04.0000/PR (AG) Rel. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior	60

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

5021365-32.2017.4.04.7000/PR (ACR) Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto	87
5045691-13.2018.4.04.7100/RS (RSE) Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto	124
5068514-20.2014.4.04.7100/RS (ACR) Rel. Des. Federal Luiz Carlos Canalli	154

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

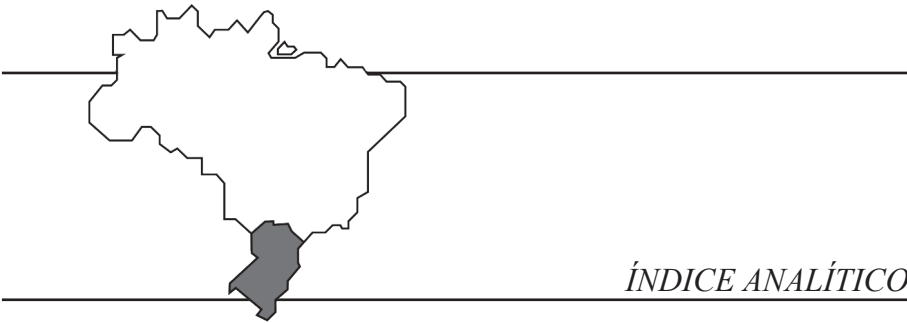
5020503-41.2019.4.04.0000/RS (EDAG) Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira	275
5051760-84.2019.4.04.0000/SC (AG) Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz	287

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

5004242-37.2016.4.04.7200/SC (AC) Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz	303
5033888-90.2018.4.04.0000/RS (IAC) Rel. Des. Federal Osni Cardoso Filho	312
5053865-34.2019.4.04.0000/PR (EDSEL) Rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus	340
5053865-34.2019.4.04.0000/PR (AGVSEL) Rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus	344
5066952-10.2013.4.04.7100/RS (AC) Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti	361

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

5068153-55.2017.4.04.0000/RS (ARGINC) Rel. Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch	391
--	-----



ÍNDICE ANALÍTICO

A

AGRAVO INTERNO

Incompetência, Presidência, TRF, para, processamento, e, julgamento, agravo interno, com, objeto, suspensão, liminar, em, sede, agravo de instrumento, com, anterior, ajuizamento, com, pedido, suspensão, liminar. Perda do objeto. Prejudicada, apreciação, presente, agravo interno, decorrência, STJ, apreciação, matéria, objeto, agravo interno, após, interposição, presente, agravo interno. STJ, deferimento, pedido, reforma, decisão, não, conhecimento, incidente, suspensão, agravo interno. Incompetência, Presidência, TRF, decorrência, não, apresentação, competência suspensiva horizontal.

Concessionária de serviço público, estado, Paraná, interposição, agravo interno, contra, decisão, Presidência, TRF, não, conhecimento, pedido, suspensão, liminar, em, ação civil pública. Juízo *a quo*, determinação, apresentação, plano, devolução, valor arrecadado, e, deferimento, liminar, depósito mensal, percentual, receita bruta, tarifa, praça, pedágio, objeto, concessão. Ministério Público Federal, ajuizamento, ação civil pública, com, pedido, desinstalação, praça, pedágio, redução, tarifa, e, bloqueio de bens, réu. 340

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Deficiente. Reforma, decisão agravada, para, prosseguimento, demanda originária, para, apreciação, requerimento, concessão, aposentadoria por tempo de contribuição, deficiente. Aplicação, princípio da fungibilidade, via judicial, decorrência, possibilidade, concessão, diversidade, benefício previdenciário, postulação, via administrativa, e, possibilidade, concessão, diversidade, benefício, postulação, em, petição inicial. Aplicação, *jura novit curia*, e, *narra mihi factum dabo tibi ius*.

Em, processo previdenciário, não ocorrência, decisão *extra petita*, hipótese, concessão, benefício previdenciário, diversidade, pedido. Aplicação, princípio da fungibilidade, via administrativa, decorrência, não, obrigação, segurado, requerimento, benefício, em, caráter específico. Dever, administração previdenciária, pesquisa, informação, esclarecimento, e, adaptação, pedido, para, garantia, para, segurado, benefício mais benéfico, com, mais, adequação.

Indeferimento, requerimento, seguro, aposentadoria por tempo de contribuição, via administrativa. E, cogitação, em, aposentadoria, deficiente, espécie, aposentadoria por tempo de contribuição, apenas, em, sede, recurso administrativo. Após, decurso, prazo legal, não, recebimento, resposta, para, recurso administrativo. Ajuizamento, ação previdenciária, e, juízo, sustentação, ajuizamento, implicação, renúncia, direito, recurso, e, desistência, recurso interposto, e, extinção, processo judicial, decorrência, inexistência, requerimento, via administrativa, em, relação, benefício, aposentadoria, deficiente, e, sem, postulação, via administrativa.287

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Gestão fraudulenta – *Vide* CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO

ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Inaplicabilidade – *Vide* CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO

ATIVIDADE ESPECIAL

Divergência jurisprudencial – *Vide* INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

B

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

A partir, renda mensal inicial, e, não, salário de benefício, promoção, evolução, para, data, renda originária, para, efeito, apuração, direito adquirido, melhor benefício. Não, caracterização, hibridismo, aplicação, legislação, regência, evolução, renda mensal. Obrigação legal, não, escolha aleatória, pelo, índice, correção monetária. Necessidade, observância, esforço, contributivo, promoção, durante, vida laborativa.275

BOMBA DE INFUSÃO DE INSULINA INTEGRADA

Fornecimento – *Vide* SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

C

CONCURSO DE PREFERÊNCIA

Declaração de inconstitucionalidade, parágrafo, artigo, novo, Código de Processo Civil, previsão, honorários advocatícios, com, mesmo, privilégio, crédito, origem, legislação trabalhista. Violação, Constituição Federal, previsão, apenas, em, lei complementar, possibilidade, disposição, sobre, norma geral, em, matéria, legislação tributária. Violação, Código Tributário Nacional, previsão, privilégio do crédito tributário, sobre, outro, crédito, com, exceção, crédito trabalhista, e, crédito, origem, acidente do trabalho.391

CONCURSO FORMAL

Vide CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Suspensão, decisão agravada, suspensão, contrato administrativo. Necessidade, re-alização, instrução probatória. Inexistência, demonstração, efeito concreto, quebra, equilíbrio econômico-financeiro, contrato administrativo, início, pandemia. Inexistência, razão, para, intervenção, via judicial, para, suspensão, ato unilateral, totalidade, contrato administrativo.

Cessionário, espaço público, localização, interior, aeroporto, pedido, suspensão, contrato administrativo, decorrência, Covid-19. Pedido, abstenção, cobrança, integralidade, valor, locação, durante, tempo, permanência, estado, calamidade pública. Alegação, cláusula exorbitante.

Possibilidade, concessionário, adesão, oferta, proposta, em, acordo, pela, Infraero.60

COVID-19

Vide CONTRATO ADMINISTRATIVO

CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO

Concurso formal, gestão fraudulenta, e, apropriação indébita. Corréu, qualidade, gerente, Caixa Econômica Federal, realização, gestão fraudulenta, decorrência, concessão, irregularidade, e, simulação, empréstimo, e, operação bancária, sem, observância, legislação.

Apropriação indébita, diversidade, valor, conta bancária, terceiro. Desvio de dinheiro. Inaplicabilidade, benefício, arrependimento posterior, com, redução da pena. Não ocorrência, integralidade, devolução, dinheiro, antes, recebimento, denúncia.

Necessidade, observância, confissão, momento, apreciação, pena provisória. Hipótese, pena privativa de liberdade, superior, quatro anos, autorização, regime semiaberto, para, cumprimento inicial da pena, e, impossibilidade, substituição, por, pena restritiva de direitos.

Execução provisória, em, observância, súmula, TRF. 154

D

DEFICIENTE

Narra mihi factum dabo tibi ius – Vide APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Atividade penosa – *Vide* INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

E

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Inadequação – *Vide* OPERAÇÃO LAVA-JATO

EXECUÇÃO

Contra, Fazenda Pública, impossibilidade. Inexistência, título executivo judicial, contra, Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

Decisão judicial, em, tutela antecipada, em, ação previdenciária, determinação, INSS, pagamento, pensão por morte, em, cota, 80%, para, autor, e, 20%, para, outro, réu. Superveniência, revogação, tutela antecipada, para, restabelecimento, 50%, cota, para, cada, dependente, mesma, classe. Depois, trânsito em julgado, correu, ingresso, com, execução de sentença, contra, INSS, e, não, pedido, ressarcimento de dano, decorrência, deferimento, tutela antecipada, em, face, correu, favorecimento, com, percentual, 80%, cota, pensão por morte.

Hipótese, INSS, não, ressarcimento, diferença, pagamento a menor, pensão por morte, via administrativa, possibilidade, prejudicado, ajuizamento, ação própria, para, cobrança, INSS, diferença, recebimento a menor, durante, período, vigência, decisão, tutela antecipada.303

H

HOMICÍDIO SIMPLES

Absolvição sumária, réu, em, exercício de função, patrulheiro rodoviário federal, com, base, aplicação, excludente de ilicitude, decorrência, comprovação, legítima defesa. Demonstração, conduta, réu, com, objetivo, não ocorrência, iminência, injusta agressão, para, réu, e, para, outro, patrulheiro rodoviário federal.

Mesmo, hipótese, réu, desferimento, diversidade, disparo, em, direção, vítima, impossibilidade, enquadramento, conduta, réu, em, figura, excesso punível. Após, perseguição, suspeito, em, veículo automotor, em, alta velocidade, não, obediência, ordem, parada. Constatação, mais de um, tripulante, e, visualização, arma de fogo, e, após, estacionamento, veículo automotor, em, lugar, com, deficiência, luminosidade 124

I

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Admissibilidade. Relevância, questão de direito. Conveniência, prevenção, divergência, entre, turma, tribunal. Existência, repercussão profissional. Não, constituição, questão de direito, relevância, repercussão social. Discussão, sobre, existência, atividade penosa, para, fim, direito previdenciário, em, diferenciação, contagem, tempo de serviço, atividade, cobrador, e, motorista, ônibus, ou, caminhão, após, extinção, previsão legal, enquadramento, por, categoria profissional, por, lei, ano, 1995. Comprovação, início, instauração, divergência jurisprudencial, entre, turma, tribunal, sobre, possibilidade, reconhecimento, atividade especial, após, 28, abril, 1995, com, base, em, prova, atividade penosa.

Incidente de assunção de competência, limitação, objeto, lide, restrito, exercício, duplicidade, profissão, cobrador, e, motorista, ônibus, ou, caminhão, manutenção, semelhança, condição, trabalho, referência, mesmo, espaço, e, condição física.312

J

JURA NOVIT CURIA

Deficiente – *Vide* APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

M

MARCA DE COMÉRCIO

Prescrição, pedido, reconhecimento, e, declaração, nulidade, registro, marca de comércio, vinculação, nome comercial, hipótese, má-fé, autor.

Competência jurisdicional, Justiça Federal, para, julgamento, ação de nulidade, marca de comércio, com, intervenção, Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Observância, tese, fixação, em, recurso especial repetitivo.

Incompetência, INPI, para, averbação, nome comercial, em, favor, autor, decorrência, atribuição, junta comercial. Competência, INPI, para, registro, marca de comércio.

Necessidade, INPI, intervenção, qualidade, assistente especial, decorrência, inexistência, hipótese, litisconsórcio passivo necessário. Impossibilidade, condenação, INPI, pagamento, honorários advocatícios.

Não, conhecimento, cumulação de pedidos, decorrência, competência jurisdicional, Justiça Estadual.361

O

OPERAÇÃO LAVA-JATO

Violação, princípio da razoável duração do processo, garantia constitucional, suspensão, julgamento, em, sessão virtual, para, data indefinida, em, atendimento, pedido isolado, correu. Hipótese, pluralidade, correu, com absolvição, e, outro, com, pendência, recurso judicial, busca, benefício, previsão legal, como, absolvição, e, perdão judicial.

Inadequação, oposição, embargos de declaração, hipótese, vontade, réu, prevalência, diferente, tese, adoção, pelo, órgão julgador, ou, para, reavaliação, conclusão, decisão judicial, com, observância, princípio da livre apreciação da prova.

Inexistência, previsão, em, Código de Processo Penal, suspensão do processo, em, segundo grau, objeto, anterior, julgamento, e, em, fase, embargos de declaração, para, realização, diligência, e, investigação. Descabimento, entendimento, defesa, pertinência, mesmo, após, encerramento, instrução processual.

Preclusão, discussão, não, levantamento, pela, defesa, em, sede, apelação criminal, ou, mesmo, em, embargos de declaração. Não, autorização, reabertura, instrução processual, com, fundamento, apenas, em, objeção, defesa, anterior, avaliação, órgão julgador, sobre, prova.

Desnecessidade, sustentação oral, durante, julgamento, embargos de declaração, em, sessão virtual, pela, inexistência, prejuízo, para, parte processual, decorrência, defesa, embargante, juntada, memorial.

Desnecessidade, juízo, enfrentamento, dispositivo legal, citação, pela, parte processual, ou, obrigatoriedade, menção, dispositivo legal, fundamentação, decisão judicial. Necessidade, juízo, enfrentamento, questão jurídica, colocação, em, ação judicial, e, razoabilidade, fundamentação, próprio, convencimento, juízo.

Mesmo, hipótese, ajuizamento, embargos de declaração, para, efeito jurídico, prequestionamento, cabimento, em, hipótese, omissão, ambiguidade, obscuridade, ou, contradição.

Desnecessidade, referência expressa, artigo, objeto, violação, para, prequestionamento, matéria. Suficiência, debate, e, decisão, anterior, com, base, norma, em, questão.87

P

PATRULHEIRO RODOVIÁRIO FEDERAL

Legítima defesa – *Vide* HOMICÍDIO SIMPLES

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Vide APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Violação – *Vide* OPERAÇÃO LAVA-JATO

QUESTÃO DE DIREITO

Relevância – *Vide* INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

S

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

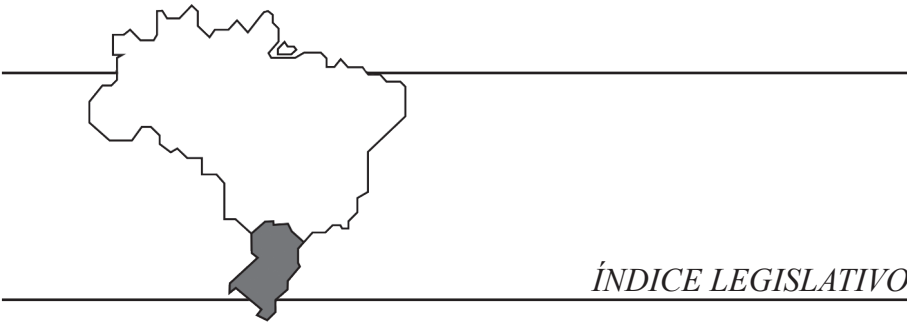
Fornecimento, bomba de infusão de insulina integrada, mesmo, fora, protocolo, e, lista, SUS. Demonstração, imprescindibilidade, equipamento. Comprovação, anterior, utilização, tratamento convencional, fornecimento, âmbito, SUS, sem, melhora, e, impossibilidade, substituição, por, outro, similar, ou, genérico. Observância, direito, assistência farmacêutica, direito à saúde.53

SUSPENSÃO DO PROCESSO

Descabimento – *Vide* OPERAÇÃO LAVA-JATO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sessão virtual – *Vide* OPERAÇÃO LAVA-JATO



ÍNDICE LEGISLATIVO

Código de Processo Civil

Artigo 85, § 14	391
Artigo 302	303
Artigo 926	312
Artigo 927, III	361
Artigo 947, § 4º	312

Código de Processo Penal

Artigo 415, IV	124
----------------------	-----

Código Penal

Artigo 16	154
Artigo 23, II	124
Artigo 25	124
Artigo 121, <i>caput</i>	124

Código Tributário Nacional

Artigo 186	391
------------------	-----

Constituição Federal

Artigo 6º	53
Artigo 109, I	361
Artigo 146, III, <i>b</i>	391
Artigo 196	53

Lei nº 7.492/86

Artigo 4º, <i>caput</i>	154
Artigo 5º	154

Lei nº 8.080/90	
Artigo 6º, I, <i>d</i>	53
Lei nº 8.213/91	
Artigo 77	303
Artigo 115, II	303
Lei nº 8.666/93	
Artigo 65, II, <i>d</i>	60
Artigo 78, XVII	60
Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial)	
Artigo 174	361
Regimento Interno do Tribunal Regional da 4ª Região	
Artigo 105, parágrafo único	87
Resolução nº 47/2019 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
Artigo 2º	87
Súmulas do TRF4	
Súmula 122	154

Impressão:

Evangraf

Rua Waldomiro Schapke, 77 - POA/RS

Fone: (51) 3336.2466 - (51) 3336.0422

E-mail: evangraf.adm@terra.com.br