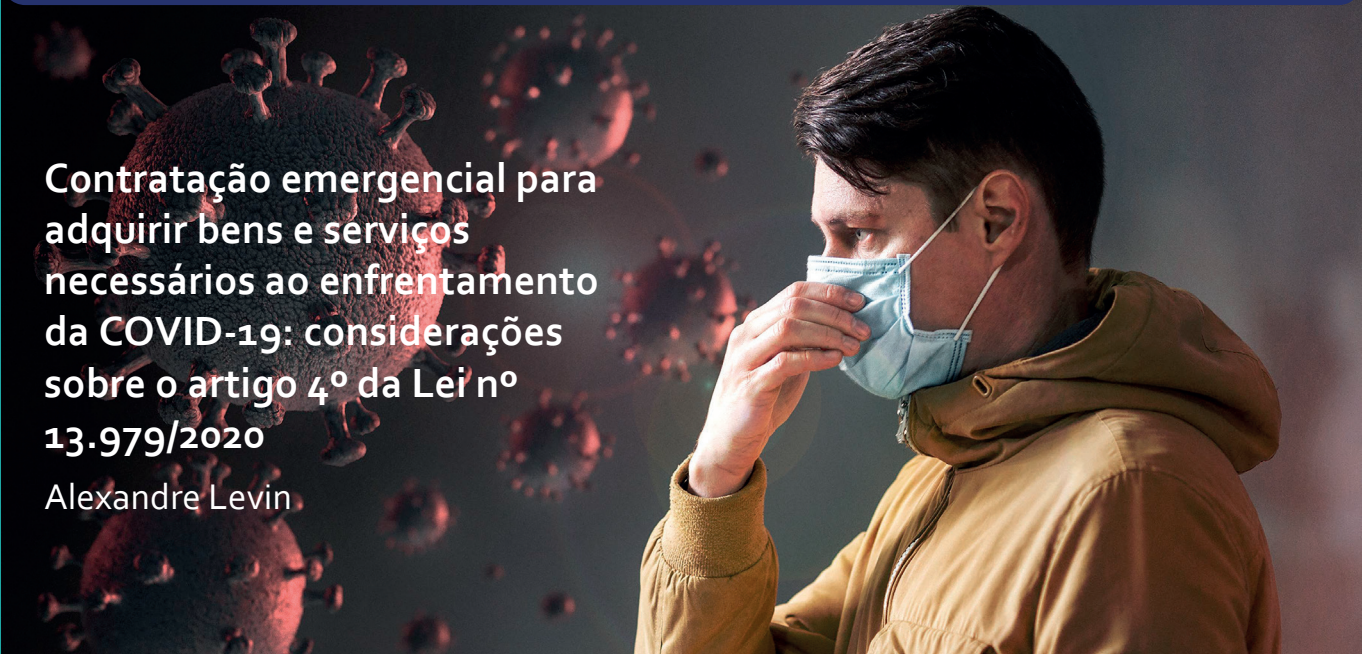


REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXI - N. 147 - OUTUBRO / DEZEMBRO DE 2020 - ISSN 1982 - 1506



Contratação emergencial para adquirir bens e serviços necessários ao enfrentamento da COVID-19: considerações sobre o artigo 4º da Lei nº 13.979/2020

Alexandre Levin



A tipicidade formal e material dos atos de improbidade administrativa: uma análise sob as perspectivas doutrinária e jurisprudencial

Gabriel Silva Costa

Introdução aos fundamentos e modos de defesa da livre concorrência

Tiago Bitencourt De David



Participação feminina no parlamento e a democracia paritária: desafios para o Brasil

Gabriela Shizue Soares de Araujo

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Baptista Pereira

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXXI	n. 147	p. 1-527	Out./Dez. 2020

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Baptista Pereira

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Presidente⁽²⁾

CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 - Vice-Presidente⁽³⁾

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾

DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89

Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95

ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95

MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96

Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98

NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99

Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002

Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002

NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003

SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003

ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003

LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003

Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003

ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004

Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010

JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010

DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010

FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011

PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013

MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013

TORU YAMAMOTO - 04/10/2013

MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013

Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013 ⁽⁵⁾

DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014

GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014

HÉLIO Egdio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014

PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014

WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016

NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016

VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016

CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016

INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018

José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020

João BATISTA GONÇALVES - 23/04/2020

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 11/11/2020.

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

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

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA - Presidente

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI - Presidente
JOHONSOM DI SALVO
TORU YAMAMOTO
SOUZA RIBEIRO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

PAULO DOMINGUES - Presidente
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA
FERNANDO MENDES - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
LUIZ STEFANINI
DAVID DANTAS - Presidente

NONA TURMA:

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

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Contratação emergencial para adquirir bens e serviços necessários ao enfrentamento da COVID-19: considerações sobre o artigo 4º da Lei nº 13.979/2020

Alexandre Levin 15

Participação feminina no parlamento e a democracia paritária: desafios para o Brasil

Gabriela Shizue Soares de Araujo..... 37

A tipicidade formal e material dos atos de improbidade administrativa: uma análise sob as perspectivas doutrinária e jurisprudencial

Gabriel Silva Costa 57

Introdução aos fundamentos e modos de defesa da livre concorrência

Tiago Bitencourt De David..... 83

JURISPRUDÊNCIA

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Conflito Negativo de Competência. Causa de natureza previdenciária. Varas Federais com competência cível e previdenciária. Controvérsia a respeito da regularidade de processo administrativo previdenciário. Ausência de discussão a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social. Competência da unidade cível.

CCCV 5011468-50.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 99

DIREITO ADMINISTRATIVO

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Prefeitura. Convênio com Ministério do Turismo. Verba federal. Fraude em licitação. Dano “in re ipsa”. Enriquecimento ilícito. Não prestação de contas.

ApCiv 0001184-76.2013.4.03.6123

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 117

Conselho Federal de Medicina. Processo ético-profissional. Nulidade de ato administrativo. Suspensão do exercício profissional. Ausência de ilegalidade.

ApCiv 0020993-24.2013.4.03.6100

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....134

ANP. Poder de polícia. Presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo. Auto de infração. Reincidência em infração administrativa. Período depurador.

ApCiv 0022625-17.2015.4.03.6100

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....143

Servidor público. Aposentadoria voluntária. Pendência de processo administrativo disciplinar. Prazo legal ultrapassado.

ApCiv 5000555-02.2017.4.03.6115

Desembargador Federal Peixoto Junior 153

Infração metrológica. Perícia e procedimento administrativo. Indeferimento de perícia. Nulidades inexistentes. Multa. Sanção. Razoabilidade e proporcionalidade.

ApCiv 5002244-11.2018.4.03.6127

Desembargador Federal Carlos Muta 157

Servidor público. CNEN. Prescrição quinquenal. Trabalho em atividades expostas à radiação. Jornada semanal de trabalho. Redução. Lei nº 1.234/1950. Incidência. Horas extras. Gratificação específica de produção de radioisótopos e radiofármacos.

ApelRemNec 5020968-47.2018.4.03.6100

Desembargador Federal Wilson Zauhy 167

Ensino superior. Cotas. Autodeclaração. Comissão de veracidade instituída após a matrícula. Possibilidade.

AI 5007958-63.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 177

Servidor público federal. Mandado de Segurança Coletivo. Bônus de eficiência e produtividade na atividade aduaneira. Lei nº 13.464/2017. Paridade entre servidores ativos e inativos. Natureza genérica não comprovada. Impossibilidade.

AI 5001485-27.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Francisco 186

DIREITO CIVIL

Ação Monitória. Contrato particular de consolidação, confissão, renegociação de dívida e outras obrigações. Título executivo extrajudicial cabimento da ação. Aplicação do CDC. Capitalização de juros. Expressa previsão contratual. Inocorrência de cobrança de juros abusivos.

ApCiv 5001675-86.2018.4.03.6134

Desembargador Federal Hélio Nogueira 195

Ação Revisional. Prestação de serviços educacionais. Financiamento estudantil. FIES. Isonomia. Igualdade nas contratações.

ApCiv 5002395-77.2018.4.03.6126

Desembargador Federal Valdeci dos Santos..... 206

DIREITO PENAL

Moeda falsa. Reforma da sentença para condenação do réu. Dosimetria. Circunstância judicial desfavorável. Exasperação da pena-base. Atenuantes pela confissão extrajudicial e idade do acusado à época dos fatos. Regime inicial aberto. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

ApCrim 0001706-30.2017.4.03.6005

Desembargador Federal André Nekatschalow 213

Corrupção de menores. Artigo 244-B do ECA. Crime formal. Dosimetria da pena do tráfico ilícito de entorpecentes. Culpabilidade exacerbada. Valoração das características do entorpecente (qualidade e quantidade). Transnacionalidade do delito. Relações familiares estreitas. Descumprimento de dever legal de proteção familiar ao adolescente. Aumento da pena-base.

ApCrim 0000776-75.2018.4.03.6005

Desembargador Federal José Lunardelli 221

Estelionato. Artigo 171, § 3º, do Código Penal. Recurso do Ministério Público Federal. Materialidade demonstrada. Autoria e dolo não comprovados. Manutenção da sentença absolutória.

ApCrim 0006649-13.2018.4.03.6181

Desembargador Federal Paulo Fontes 239

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Revisão de benefício. Decadência não verificada. Período básico de cálculo. Apuração do salário de benefício. Tema 999 do STJ. Regime próprio de previdência. Cômputo.

ApCiv 0000046-33.2006.4.03.6119

Desembargador Federal Nelson Porfírio 257

Aposentadoria especial. Tensão elétrica. Agentes biológicos. Termo “a quo”.

ApCiv 0000708-81.2015.4.03.6183

Desembargador Federal Newton De Lucca 266

Recurso Especial. Admissibilidade. Cálculo da renda mensal inicial. Exercício de atividades concomitantes. Entendimento do acórdão recorrido no sentido de que atividade principal é aquela que corresponde ao maior tempo de contribuição. Divergência do entendimento da instância superior de que atividade principal é “aquela que gerar maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial”.

REsp ApCiv 0042199-66.2015.4.03.9999

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 276

Aposentadoria por invalidez. Cálculo da RMI. Salários-de-contribuição. Segurado facultativo. Redução da contribuição previdenciária ao valor mínimo por ocasião do reingresso. Impossibilidade. Extinção da escala de salário-base pela Lei nº 9.876/1999.

ApCiv 0000759-56.2016.4.03.9999

Desembargador Federal Carlos Delgado 278

Pensão por morte. Filho maior inválido. Comprovação da invalidez antes do óbito. Dependência presumida.

ApCiv 0001279-56.2016.4.03.6138
Desembargador Federal Batista Gonçalves 285

Concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Segurado facultativo de baixa renda. Irregularidade. Ausência de inscrição no CADÚNICO.

ApCiv 0002685-38.2017.4.03.9999
Desembargadora Federal Inês Virgínia 292

Atividade especial. Licença remunerada. Curso profissionalizante. Menor aprendiz. Não reconhecimento. Afastamento de especialidade por utilização de EPI. Inocorrência. Contemporaneidade do laudo/PPP para prova de especialidade.

ApCiv 5007558-61.2018.4.03.6183
Desembargador Federal Luiz Stefanini 301

Seguro desemprego. Condição de sócio de empresas inativas. Pagamento do benefício. Possibilidade.

ApCiv 5000408-92.2019.4.03.6183
Juíza Federal Convocada Vanessa Mello 315

Aposentadoria por idade rural. Concessão de benefício. Regime de economia familiar afastado. Notas fiscais de produção. Produção em larga escala. Comercialização da produção. Não comprovação de trabalho rural pelo período de carência exigido em lei.

ApCiv 0356729-26.2020.4.03.9999
Juíza Federal Convocada Leila Paiva.....318

Restabelecimento de auxílio-doença. Procedência do pedido pelo juízo de primeiro grau. Acolhimento de preliminar de nulidade suscitada pelo INSS. Nulidade do laudo médico judicial. Atuação de profissional técnico não habilitado para certificação da incapacidade laborativa da autora. Fisioterapeuta. Retorno dos autos ao juízo de origem para elaboração de nova perícia.

Ag ApelRemNec 5147651-04.2020.4.03.9999
Desembargador Federal David Dantas 326

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação revisional de benefício. Requerimento prévio do benefício na via administrativa. Embargos de Declaração. Verificação das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC/15. Recurso parcialmente acolhido.

EDcl ApelRemNec 0004492-13.2008.4.03.6183
Desembargador Federal Paulo Domingues 333

Execução de sentença. Requisição de pequeno valor. Saldo remanescente. Juros de mora. Correção monetária. Entendimento do e. STF. Repercussão geral. Juízo de retratação.

ApCiv 0063790-31.2008.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 337

Bacia do Rio Taquari. Agravo de Instrumento tirado de Ação Civil Pública cuja petição inicial, genérica e indeterminada, formula pedidos condicionais, tumultuários e incertos. Inépcia múltipla, ampla e radical: insanável. Extinção, de ofício, da Ação Civil Pública, pela aplicação do princípio translativo.

AI 0019452-15.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 340

Agravo Interno. Repetição de indébito. ICMS destacado na base de cálculo do PIS e COFINS. Desnecessidade de sobrestamento.

Ag ApelRemNec 5000638-91.2016.4.03.6102

Desembargador Federal Souza Ribeiro 357

Execução Fiscal. Supressão de instância. Penhora. Bem de família. Ausência de prova. Construção sobre plano de previdência privada. Impenhorabilidade.

AI 5012321-93.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Marli Ferreira 363

Ação Rescisória. Revisão de benefício. Adequação aos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003. Termo inicial da prescrição quinquenal. Violação de norma jurídica não configurada. Matéria controvertida à época da prolação do julgado rescindendo.

AR 5028727-92.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto 370

Agravo Interno. Instituto de Defesa do Consumidor. Suspensão de liminar e de sentença. Suspensão de fornecimento de serviços essenciais de telefonia, água e gás aos consumidores residenciais ao longo do período de emergência de saúde relativa ao COVID-19.

AI SLAT 5008241-52.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 389

Liquidação de sentença. Impugnação. Discussão acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais a favor da DPU. Inovação em sede recursal. Impossibilidade. Benefício por incapacidade. Desconto de período em que houve recolhimento de contribuições previdenciárias ou vínculo empregatício. Impossibilidade. Tema 1013. Afetação. Suspensão do feito. Inaplicabilidade em sede de cumprimento de sentença.

AI 5010461-23.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Gilberto Jordan 391

Gratuidade da justiça. Indeferimento. Declaração de hipossuficiência. Presunção de veracidade ilidida por prova em contrário. Hipossuficiência afastada.

AI 5013819-93.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 395

Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição intercorrente. Não ocorrência. Artigo 40 da Lei de Execução Fiscal.

AI 5015587-54.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Nery Júnior 398

Conflito de Competência. Juizado Especial Federal e Justiça Comum Federal. Previdenciário. Ação de repetição de indébito c/c danos morais. Indenização por dano moral estimada em valor excessivo. Retificação de ofício do valor da causa. Possibilidade.

CCCiv 5019114-14.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Baptista Pereira 403

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Embargos de declaração. Omissão. Integração. Prazo prescricional. Interrupção. Extinção da punibilidade reconhecida de ofício.

EDcl EIfNu 0002244-56.2003.4.03.6181

Desembargador Federal Maurício Kato 409

“Habeas Corpus”. Operação “Boca Livre”. Fraude relacionada a benefícios da Lei Rouanet. Imputação de prática do crime de estelionato qualificado. Conflito aparente de normas. Reclassificação da conduta antes da prolação da sentença. Possibilidade. Competência do Juizado Especial Federal Criminal.

HCCrim 5025362-30.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Nino Toldo 413

“Habeas Corpus”. Crimes dos artigos 171, § 3º, e 288, ambos do CP. Fraude. Auxílio emergencial. Manutenção da prisão preventiva. Presença dos requisitos do artigo 312 do CPP. Garantia da ordem pública. Índícios de integração de organização criminosa. Gravidade concreta dos fatos. Medidas cautelares diversas da prisão. Não cabimento.

HCCrim 5024180-72.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 427

DIREITO TRIBUTÁRIO

Embargos à Execução Fiscal. IPTU. Imóvel do INSS. Prescrição do IPTU do exercício de 2013. Ocorrência. Imunidade recíproca. Configuração.

ApCiv 5004284-58.2019.4.03.6182

Desembargador Federal André Nabarrete 439

Execução Fiscal. Redirecionamento aos sócios. Somente àqueles que estavam na administração da empresa na época do fato gerador e da dissolução irregular. Tema afetado. REsp nº 1.645.333/SP, 1.643.944/SP e 1.645.281/SP. Sobrestamento. Recurso improvido.

AI 5006682-94.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 445

Mandado de Segurança. Pandemia. Covid-19. Suspensão da exigibilidade ou postergação do pagamento de tributos. Impossibilidade.

ApCiv 5001071-75.2020.4.03.6128

Desembargadora Federal Diva Malerbi 448

Execução Fiscal. Exclusão do ICMS da base de cálculo do simples nacional. Inaplicabilidade da decisão proferida pelo STF no RE nº 574.706. Exceção de pré-executividade. Meio inadequado.

Ag AI 5017447-90.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo.....455

SENTENÇAS

Denúncia. Imputação de prática dos delitos previstos nos artigos 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990. Disponibilização e transmissão de farto material pornográfico contendo nudez e cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes.

0002209-94.2017.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 461

Procedimento comum. Pretensão de obter, em regresso, ressarcimento decorrente de pagamento de benefício por acidente de trabalho. Fratura do fêmur. Alegação de culpa exclusiva da empregadora em razão da inobservância de regras técnicas sobre segurança e saúde no trabalho.

5001803-18.2018.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 473

Mandado de Segurança. Pedido de liminar contra ato do Diretor da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS. Alegação que a autoridade coatora limitou os atendimentos aos encarcerados, em prejuízo aos advogados, sendo que a direção daquele estabelecimento nunca cumpriu o disposto no artigo 2º, § 2º da Portaria DISP nº 4/2016, que prevê o direito a ter até 3 (três) atendimentos por dia.

0000463-95.2019.4.03.6000

Juíza Federal Marcela Ascer Rossi 485

Posse de terreno localizado às margens da rodovia BR-116. Pedido de restituição e ressarcimento dos custos de remanejamento das acessões que se encontram no terreno invadido.

5000317-67.2019.4.03.6129

Juiz Federal Gabriel Hillen Albernaz Andrade 488

Ação ordinária com pedido de tutela de urgência. Pretensão de afastamento de ato normativo constante das Resoluções nº 2.121/2015 e 2.168/2017 do CFM. Autorização para doação de óvulos de uma irmã para outra irmã, para fins de reprodução assistida e tratamento de fertilização “in vitro”. Pleito de abstenção de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção.

5000757-45.2019.4.03.6135

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 495

Pleito de concessão de auxílio-reclusão. Prisão do genitor.

5011983-97.2019.4.03.6183

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 509

Pedido de auxílio-emergencial. Indeferimento pelo aplicativo próprio do Governo Federal.

0004168-41.2020.4.03.6332

Juiz Federal Paulo Marcos Rodrigues de Almeida 515

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 521

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 525



Artigos Doutrinários

Contratação emergencial para adquirir bens e serviços necessários ao enfrentamento da COVID-19: considerações sobre o artigo 4º da Lei nº 13.979/2020



Alexandre Levin

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Administrativo e Ambiental nos cursos de graduação e pós-graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da COGEAE/PUC-SP. Membro efetivo da Comissão de Direito Administrativo da OAB-SP. Procurador do Município de São Paulo. Advogado.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Licitação dispensável. 3 Temporariedade da hipótese de dispensa. 4 Controle sobre as aquisições emergenciais. 5 Contratação excepcional de empresas com inidoneidade declarada ou com o direito de contratar suspenso. 6 Utilização do sistema de registro de preços. 7 Aquisição de bens usados. 8 Caracterização da situação emergencial para fins de contratação direta por dispensa. 9 Dispensa de elaboração de estudos preliminares e de prévio gerenciamento de riscos. 10 Termo de referência ou projeto básico simplificado. 11 Dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista. 12 Duração e prorrogação dos contratos emergenciais. 13 Alteração unilateral do contrato. 14 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Não é preciso tecer maiores comentários sobre a difícil situação por todos nós enfrentada, em razão da pandemia que nos assola; trata-se, provavelmente, do maior desafio enfrentado pela humanidade desde a 2ª Guerra Mundial.

Em face da necessidade de combate a esse grave problema de saúde pública, foi editada a Lei Federal nº 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Dentre as medidas que as autoridades competentes podem tomar estão: a) determinação de isolamento social e quarentena; b) restrição excepcional de entrada e saída do país; c) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas; d) autorização temporária para importação de produtos sem registro na Anvisa.

Na mesma direção, foram criadas novas regras em matéria de aquisições, pela Administração Pública, de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

Destaca-se, aqui, o disposto no artigo 4º da Lei nº 13.979/2020:

Art. 4º. É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.035/2020)

2 Licitação dispensável

Note-se que o dispositivo prescreve ser *dispensável* a licitação para adquirir produtos destinados a combater a epidemia, isto é,

a decisão entre realizar ou não o certame licitatório pertence ao âmbito da competência discricionária da Administração; caso seja conveniente e oportuno realizá-lo, a autoridade competente autorizará o início do procedimento.

Mas a discricionariedade, nesse caso, é limitada pelas circunstâncias do caso concreto: diante de uma situação de emergência de saúde pública, a realização do certame pode colocar em risco pacientes e profissionais que necessitem urgentemente dos medicamentos ou equipamentos para salvar vidas.

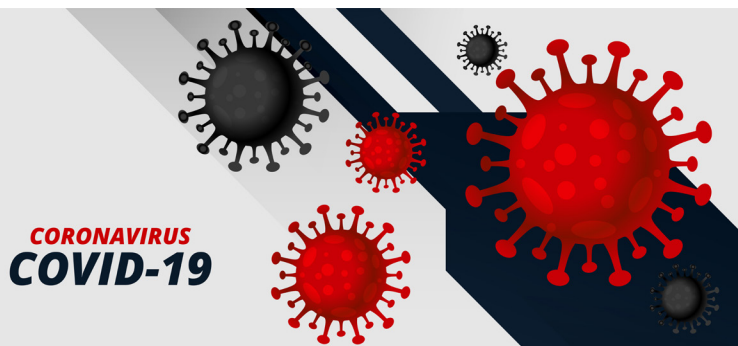
Caso a demora para concluir o procedimento licitatório coloque em risco o pronto atendimento às necessidades dos hospitais públicos, a licitação não deve ser realizada. Do contrário, se for possível aguardar a conclusão do certame, sem que isso prejudique o atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), o agente público competente pode determinar seja autuado o processo licitatório específico, visando ao fornecimento dos bens necessários à prestação do serviço.

Vale notar que, na redação original da lei, modificada pela Medida Provisória nº 926/2020, era utilizada a expressão dispensada e não dispensável. Essa observação é feita porque há na doutrina autores que diferenciam a licitação dispensada da licitação dispensável. Na licitação dispensada, não obstante ser possível, lógica e faticamente, realizar o certame licitatório, sua efetivação seria vedada por lei.

Como exemplo, a doutrina indica as hipóteses do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo, de acordo com esse entendimento, indicaria uma série de situações em que a alienação de bens móveis e imóveis de propriedade da Administração Pública não deve ser precedida de licitação, ou seja, não obstante ser viável realizar o certame licitatório, este estaria proibido por lei.

Por outro lado, licitação dispensável, ainda de acordo com tal orientação, é con-

ceito reservado para aqueles casos em que é possível realizar o certame licitatório, mas efetivá-lo depende de decisão discricionária da Administração – ela decidirá entre fazer ou não a licitação a partir de critérios de conveniência e oportunidade aplicáveis ao caso concreto (Lei nº 8.666/1993, art. 24)¹.



Fonte: www.freepik.com

Com a devida vênia, não vislumbramos ser possível diferenciar licitação *dispensada* de licitação *dispensável*; muitos dos exemplos de licitação *dispensada* fornecidos pela doutrina que defende a divergência (Lei nº 8.666/1993, art. 17) são, na verdade, hipóteses de inexigibilidade de competição – como, por exemplo, a concessão de direito real de uso para fins de regularização fundiária (Lei nº 8.666/1993, art. 17, I, f e h).

Entendemos, portanto, que as hipóteses de contratação direta se limitam aos casos de licitação dispensável – para nós, sinônimo de licitação dispensada – e de licitação inexigível. É o entendimento de Marçal Justen Filho,

¹ Nesse sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 233-234; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 205. Licitação inexigível, por seu turno, seria conceito aplicável àquelas situações em que é inviável realizar o certame licitatório (*vide* rol exemplificativo do art. 25 da Lei nº 8.666/1993).

para quem é irrelevante a distinção terminológica entre licitação dispensada e licitação dispensável: ambas as soluções são juridicamente equivalentes e comportam tratamento jurídico similar².

Assim, andou bem a MP nº 926/2020, ao alterar a redação do *caput* do artigo 4º da Lei nº 13.979/2020 e substituir *fica dispensada* por *é dispensável*, a afastar discussões sobre a possibilidade de serem realizados certames licitatórios para adquirir bens necessários para o combate à pandemia.

Neste ponto, vale ressaltar que a Lei nº 13.979/2020 prevê que os processos licitatórios na modalidade pregão presencial ou eletrônico, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata a Lei, terão seus prazos reduzidos pela metade (art. 4º-G); ou seja, o novo diploma busca agilizar também a compra mediante licitação, e não somente a contratação direta. A Administração Pública, portanto, pode optar, diante das circunstâncias do caso concreto, entre contratar diretamente o fornecimento de bens e serviços ou realizar licitação.

3 Temporariedade da hipótese de dispensa

Outro ponto interessante da lei é a determinação de que a dispensa de licitação em comento é temporária:

Art. 4º.[...]

§ 1º. A dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 214-215.

Aliás, o artigo 8º prevê que a Lei nº 13.979/2020 vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6/2020, o qual reconhece o estado de calamidade pública relativa à emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus, exceto quanto aos contratos por ela regidos:

Art. 4º-H. Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, respeitados os prazos pactuados. (Incluído pela Lei nº 14.035/2020)

Portanto, ao contrário de outras hipóteses legais de dispensa, como aquelas criadas pelo artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, a previsão de licitação dispensável para adquirir bens e serviços para o combate à COVID-19 deve perdurar somente até o fim da situação emergencial.

A lei não fixa prazo para a duração das medidas propostas – e nem deveria mesmo fazê-lo, dadas as incertezas sobre a disseminação e o controle da doença. Os decretos federais que a regulamentaram (Decretos nº 10.282/2020 e nº 10.288/2020) tampouco arriaram fixar qualquer prazo para a duração das medidas. A declaração de emergência, veiculada pela Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde³, também não faz referência expressa ao termo final das medidas excepcionais indicadas.

O Decreto Legislativo nº 6/2020, por sua vez, reconhece, para fins do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) a ocorrência do estado de calamidade pública, “com efeitos até 31 de dezembro

de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”. Adota-se, portanto, essa data como termo para duração das medidas da Lei nº 13.979/2020, sem prejuízo de eventual prorrogação.

A dispensa aqui tratada, na realidade, vigorará até que a situação emergencial reflua; enquanto isso não ocorre, pode a Administração Pública, de qualquer esfera da Federação, realizar contratações diretas por dispensa de licitação para adquirir bens e serviços que contribuam para fazer frente à pandemia. Afinal, a Lei nº 13.979/2020, no que tange às licitações e contratos, é norma geral editada pela União, no exercício da competência concorrente prevista no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal; Estados, Distrito Federal e Municípios podem suplementá-la por leis locais ou regionais, mas devem obediência às suas normas gerais, em especial a que cria a hipótese de dispensa aqui tratada.

Nem todas as regras sobre licitações e contratos editadas pela União são normas gerais. Há dispositivos da Lei nº 8.666/1993, por exemplo, que são aplicáveis somente à Administração Pública Federal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS, que conferiu interpretação conforme ao art. 17, I, *b* (doação de bem imóvel) e art. 17, II, *b* (permuta de bem imóvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação apenas no âmbito da União Federal. (STF, ADI 927-3/RS, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 03/11/1993, DJU 10/11/1993).

O Município de São Paulo, no exercício de sua competência para suplementar a norma geral federal em matéria de contratos e licitações (CF, art. 30, II), editou o Decreto Municipal nº 59.283, de 16 de março de 2020, que “declara situação de emergência no Município de São Paulo e define outras medidas para o enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus”. O art. 2º desse

3 A portaria foi editada de acordo com o Decreto Federal nº 7.616/2011, que “dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS”.

ato normativo estabelece que, nos termos do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, “fica autorizada a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência”.

Perceba que o Chefe do Executivo Municipal autorizou a contratação direta por dispensa de licitação com base no artigo 24 da Lei Geral de Licitações, diretamente; ou seja, ainda que a hipótese de dispensa prescrita na Lei Federal nº 13.979/2020 não existisse, os órgãos municipais competentes teriam respaldo para suas contratações emergenciais, em face do ato normativo editado pelo Prefeito. Não se trata, por óbvio, de criar hipótese de dispensa não prevista em lei federal, mas sim de reconhecer que a situação se enquadra no disposto pelo artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, que regula a contratação direta por dispensa de licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública.

A norma contida no decreto municipal agiliza, outrossim, o procedimento de contratação direta, já que supre a necessidade de ser caracterizada a “situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa” (Lei nº 8.666/1993, art. 26, parágrafo único, I). Não é mais necessário comprovar caso a caso a situação emergencial que justifica a aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da COVID-19; os titulares dos órgãos e entidades municipais contratantes já têm o respaldo normativo para contratar sem licitação, desde que sejam, obviamente, ajustes voltados a combater os efeitos pandêmicos.

Vale ressaltar que, se a Administração Federal revogar a lei – por entender que a situação emergencial não mais subsiste –, Estados, DF e Municípios podem utilizar a hipótese do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, para contratar o fornecimento de insumos e a prestação de serviços destinados a enfrentar a pandemia, vez que o dispositivo permite a contratação direta, por dispensa de licitação, nos seguintes termos:

Art. 24. [...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

O estado de calamidade pública já foi decretado também por Estados e Municípios e a situação atual se enquadra, claramente, no conceito de emergência em matéria de saúde pública; não há dúvida, portanto, de que as contratações emergenciais podem ser realizadas com fundamento na hipótese prevista no artigo 24, IV, na Lei Geral de Licitações, caso a Lei nº 13.979/2020 seja revogada.

É possível dizer, assim, que a Lei nº 13.979/2020 criou uma hipótese específica de contratação emergencial (art. 4º), que já estaria albergada pelo texto da Lei nº 8.666/1993.

Aliás, o dispositivo da Lei nº 8.666/1993 contém regra que deve respeitada, também, nas contratações realizadas com fulcro no artigo 4º da Lei nº 13.979/2020: os produtos e serviços contratados devem ter relação direta com o combate à disseminação da COVID-19. A aquisição de medicamentos ou materiais hospitalares sem qualquer relação com o enfrentamento da doença representa burla indevida ao processo licitatório. É nesse sentido a redação do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, que impõe sejam adquiridos somente “os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa”.

Na mesma direção, o artigo 4º-B, IV, da Lei nº 13.979/2020 (incluído pela MP

nº 926/2020) limita as contratações emergenciais “à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência”.

4 Controle sobre as aquisições emergenciais

A Lei nº 13.979/2020 determina que todas as contratações realizadas com base na lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na internet *contendo*:

Art. 4º. [...]

§2º. Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação [...]

(Incluído pela Lei nº 14.035/2020)

O referido dispositivo da Lei de Acesso a Informações estabelece requisitos a serem atendidos pelos *sites* oficiais de órgãos e entidades públicas, que divulgam dados de interesse coletivo ou geral. Assim, as informações sobre os contratos emergenciais realizados com base na lei de combate ao coronavírus devem ser incluídas em *sites* que: I) conttenham ferramenta de pesquisa de conteúdo; II) possibilitem a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos; III) possibilitem o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina; IV) divulguem em detalhes os formatos utilizados para estruturar a informação; V) garantam a autenticidade e a integridade do material disponibilizado; VI) mantenham atualizados os dados disponíveis para acesso; VII) permitam ao interessado

comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; VIII) garantam a acessibilidade do conteúdo a pessoas com deficiência (Lei nº 12.527/2011, art. 8º, § 3º, I a VIII).

A norma contida no artigo 4º, § 2º, da Lei nº 13.979/2020 visa, claramente, conferir transparência às contratações emergenciais; em situações como essa, aumentam as chances de descontrole dos gastos governamentais e de fraude e superfaturamento nos contratos. Daí as regras que impõem sejam respeitados parâmetros para a estimativa dos valores contratuais (art. 4º-E, § 1º, VI) e apresentadas justificativas nas hipóteses de contratação por valores superiores ao estimado, “decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços” (art. 4º-E, § 3º).

A rigor, a referência à Lei nº 12.527/2011 é desnecessária. A efetivação de contratos emergenciais com base na Lei nº 13.979/2020 está incluída dentre os dados que devem ser divulgados pelos órgãos e entidades da Administração Pública, em local de fácil acesso, por se tratar de informações de interesse coletivo (Lei nº 12.527/2011, art. 8º, *caput*). Aliás, a Lei de Acesso a Informações preceitua que, na divulgação dessas informações, devem constar, entre outros requisitos mínimos, dados “concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados” (art. 8º, § 1º, IV).

5 Contratação excepcional de empresas com inidoneidade declarada ou com o direito de contratar suspenso

Em caráter excepcional, é possível contratar empresas que foram declaradas inidôneas ou que tiveram seu direito de participar de licitação ou de contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de “única fornecedora do bem ou prestadora do serviço” (Lei nº 13.979/2020,

art. 4º, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 14.035/2020)⁴.

A lei federal prevê, portanto, a possibilidade de contratar empresa inidônea ou suspensa para adquirir bens ou serviços necessários ao combate à COVID-19, desde que se trate de fornecedora única do bem.

Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação, enquadrável na situação indicada pelo artigo 25, I, da Lei nº 8.666/1993; esse dispositivo estipula ser inexigível a licitação “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo”. Em outras palavras: se a Administração necessita adquirir o bem, a fim de atender o interesse coletivo, e há no mercado apenas um fornecedor possível, realizar o certame licitatório se torna inviável. Nesse caso, a contratação direta, sem licitação, é a única alternativa de que dispõe o Poder Público.

Perceba que, de acordo com a redação do dispositivo da Lei nº 13.979/2020, deve haver comprovação quanto à exclusividade no fornecimento do bem, isto é, deve ser atestado nos autos do processo de contratação direta que a contratada é a única pessoa disponível no mercado para alienar o bem ou o serviço imprescindível para a Administração. Pode ser aplicado aqui, por analogia, o disposto no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 25. [...]

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo,

vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

Assim, deve a contratada comprovar sua exclusividade a partir dos documentos indicados, o que não impede o órgão público contratante de diligenciar para verificar a autenticidade do documento apresentado ou buscar ele mesmo a prova da exclusividade.

Vale ressaltar que a Lei nº 8.666/1993 estabelece sanções criminais para o agente público que admite à licitação ou celebra contrato com empresa ou profissional inidôneo (Lei nº 8.666/1993, art. 97). Nas mesmas penas incide aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou contratar com a Administração. O crime exige conduta dolosa para ser consumado – não foi prevista a modalidade culposa –, mas o agente público deve ter o máximo cuidado ao contratar empresas inidôneas ou suspensas com fulcro no novo dispositivo da Lei nº 13.979/2020 (art. 4º, § 3º).

O fornecedor deve ser, sem dúvida alguma, o único capaz de satisfazer a necessidade específica da Administração no caso concreto, ou seja, a única empresa ou pessoa física que pode fornecer o bem necessário ao combate à emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Esse bem deve corresponder à única alternativa, naquela situação, apta a contribuir para o enfrentamento à COVID-19. Caso exista alguma outra opção de produto ou serviço no mercado que possa produzir os mesmos efeitos, deve lhe ser dada preferência, a fim de evitar, tanto quanto possível, a contratação de empresas inidôneas ou suspensas. Apenas em último caso, essa possibilidade deve ser utilizada.

4 As sanções de declaração de inidoneidade ou de suspensão do direito de contratar e licitar com a Administração podem ser impostas administrativa (Lei nº 8.666/1993, art. 87, III e IV; Lei nº 10.520/2002, art. 7º; Lei nº 8.443/1992, art. 46) ou judicialmente (Lei nº 8.429/1992, art. 12).

6 Utilização do sistema de registro de preços

A Lei nº 13.979/2020 faz referência ao sistema de registro de preços como meio de aquisição dos bens e serviços necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (art. 4º, §§ 4º a 6º, e art. 4º-G, § 4º, incluídos pela Lei nº 14.065/2020).

O § 4º do artigo 4º da lei possibilita que:

Art. 4º. [...]

§ 4º. Na hipótese de dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, poderá ser utilizado o sistema de registro de preços, previsto no inciso II do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O dispositivo tem redação um tanto confusa, demandando interpretação em conjunto com os outros parágrafos (§§ 5º e 6º), para ser devidamente compreendido.

A intenção da lei é permitir a participação de órgãos de diferentes entes federativos em um mesmo processo de elaboração de ata de registro de preços. Em outras palavras, órgãos e entidades de diferentes Municípios e Estados podem figurar como participantes de uma mesma ata, gerenciada, por exemplo, pela União, ou por qualquer outro ente federativo.

A ata de registro de preços é, normalmente, elaborada por órgão ou entidade – o chamado *órgão gerenciador* – e pode contar com a participação de órgãos ou entidades do mesmo ente federativo – os denominados *órgãos participantes*. O órgão gerenciador, antes de iniciar o certame licitatório que dará origem à ata de registro de preços, convoca os órgãos ou entidades do mesmo ente federativo para encaminhar as estimativas de uso do produto ou serviço objeto da ata. Reúnem-se

todos os quantitativos e o órgão gerenciador inicia a licitação, para a qual serão encaminhadas propostas de preços que levarão em conta toda a quantidade estimada pelos diferentes órgãos.

O vencedor, que passa a ser o detentor da ata, assume a obrigação de fornecer os quantitativos estimados a todos os órgãos e entidades que participaram da ata desde o seu início⁵. A compra conjunta é importante porque o aumento do quantitativo de produtos e serviços a serem adquiridos em um mesmo processo licitatório permite a redução do preço unitário desses bens, tendo em vista a economia de escala de que se beneficia o fornecedor – e a Administração, por consequência.

O que se pretende com a Lei nº 13.979/2020 é aumentar ainda mais a escala, a permitir a participação de órgãos e entidades de outros entes federativos no processo de elaboração da ata de registro de preços; órgãos e entidades de todo o país podem encaminhar suas estimativas de uso ao órgão gerenciador, que iniciará o processo licitatório tendo em conta um quantitativo maior, o que possibilitará, em princípio, adquirir produtos e serviços a preços menores. Os licitantes oferecerão propostas com preços unitários menores, já que venderão quantidades maiores em cada um dos pedidos de fornecimento recebidos durante o prazo de vigência da ata.

5 O procedimento para elaboração da ata de registro de preços, ora descrito, está previsto no Decreto Federal nº 7.892/2013 e em decretos estaduais e municipais. A Lei nº 8.666/1993 trata muito superficialmente do tema, não obstante tenha reconhecido a importância do procedimento para a aquisição de bens pela Administração (art. 15, II). No seu art. 15, § 3º, a Lei nº 8.666/1993 determinou que “o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto” – em atenção a essa regra, foi editado, no âmbito da Administração Federal, o Decreto nº 7.892/2013, que passou a ser o parâmetro principal para aplicar o instituto, face ao parco regramento legal sobre a matéria.

Note-se que o § 4º do artigo 4º-G da Lei nº 13.979/2020 designa que:

Art. 4ºG. [...]

§ 4º. As licitações de que trata o *caput* deste artigo realizadas por meio de sistema de registro de preços serão consideradas compras nacionais e observarão o disposto em regulamento editado pelo Poder Executivo federal, observado o prazo estabelecido no § 6º do art. 4º desta Lei.

A *compra nacional* é definida, pelo Decreto Federal nº 7.892/2013, que “regulamenta o sistema de registro de preços”, como:

Art. 2º. [...]

VI – compra nacional - compra ou contratação de bens e serviços, em que o órgão gerenciador conduz os procedimentos para registro de preços destinado à execução descentralizada de programa ou projeto federal, mediante prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados; (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2014).

Conclui-se, assim, que a compra conjunta prevista na Lei nº 13.979/2020 já estava regulamentada pelo Decreto nº 7.892/2013, sob o nome de *compra nacional*.

O decreto federal estabelece que:

Art. 6º. [...]

§ 2º. No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2014)

Assim, órgãos ou entidades de todo o país, participantes da compra nacional, podem utilizar a ata (art. 6º, § 3º), inclusive

mediante recursos de transferências legais ou voluntárias da União (art. 6º, § 4º).

Ocorre que a compra nacional está vinculada à execução descentralizada de programa ou projeto federal, isto é, a utilização conjunta da ata por órgãos de entes federativos diversos depende da inclusão desses entes nesse programa nacional – por exemplo, um projeto na área da educação, da saúde, da assistência social, da proteção do meio ambiente.

Já na lei de combate à COVID-19, a compra nacional pode ser realizada independentemente da existência de programa ou projeto federal; ata de registro de preços gerenciada pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou por Município, podendo ser utilizada por qualquer outro ente da Federação, desde que se refira à aquisição de bens e serviços destinados a combater a pandemia.

Nesse sentido, a Lei nº 13.979/2020 confere à Administração Pública, nos casos de aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, a possibilidade de escolher entre realizar a contratação direta por dispensa de licitação ou participar de compra nacional realizada no sistema de registro de preços.

Ademais, há a possibilidade de utilizar ata de registro de preço como órgão não-participante; trata-se de órgão que não participa desde o início do processo de elaboração da ata, mas que, posteriormente, contrata o seu detentor para fornecer o produto ou serviço registrado. A doutrina e a jurisprudência denominam o órgão não-participante de *carona* (Decreto Federal nº 7.892/2013, art. 2º, V e art. 22).

De acordo com o § 6º do artigo 4º da Lei nº 13.979/2020, o órgão ou entidade gerenciador da compra deve estabelecer prazo entre dois e oito dias úteis para que outros órgãos ou entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços, e encaminhar seus quantitativos estimados, com vistas a agilizar ao máximo a aquisição

dos bens necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

Já o § 5º do artigo 4º determina que, na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo pode aplicar o regulamento federal (Decreto nº 7.892/2013) para elaborar ou participar da compra nacional via sistema de registro de preços. A previsão é despendiosa: cada ente federativo, no âmbito de sua autonomia administrativa, ainda que a lei não prescreva, tem o poder de decidir entre utilizar ou não regulamento federal.



Fonte: www.jfolharegional.com.br

7 Aquisição de bens usados

Outra inovação da lei de combate à COVID-19 é a possibilidade de aquisição de equipamentos usados, condicionada à responsabilização do fornecedor pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-A, incluído pela Lei nº 14.035/2020).

Diante do excesso de demanda por materiais hospitalares, a aquisição de equipamentos usados pode ser a única saída, em muitos casos, para suprir as necessidades do sistema nacional de saúde. É claro que nem todos os materiais hospitalares podem ser reutilizados, mas alguns equipamentos, como respiradores e macas, por exemplo, são passíveis de reaproveitamento, desde que se encontrem em bom estado de conservação.

A preferência deve ser por produtos novos, que possuem garantia de fábrica e

uma vida útil maior. Mas, a permanecer a necessidade de compra e inexistindo outra alternativa, a Administração poderá adquirir produtos usados. Nos termos da lei federal de combate à COVID-19, deve constar do contrato de fornecimento ou de prestação de serviços cláusula específica que imponha a responsabilização do contratado pelo pleno funcionamento e condições de uso do produto, acompanhada da previsão de sanções específicas.

8 Caracterização da situação emergencial para fins de contratação direta por dispensa

A Lei nº 8.666/1993 impõe o dever de comprovar devidamente a situação emergencial ou calamitosa que justifique a contratação direta por dispensa de licitação, nos casos de emergência ou de calamidade pública (art. 26, I).

Já a Lei nº 13.979/2020, com o intuito de agilizar as contratações emergenciais, estabelece que as condições que justificam a dispensa estão presumidas, isto é, independentemente de comprovação expressa no processo administrativo da contratação (art. 4º-B).

O dispositivo prevê que, nas dispensas para adquirir bens de combate à pandemia, presumem-se atendidas as condições de:

Art. 4ºB. [...]

- I - ocorrência de situação de emergência;
- II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
- III - existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e
- IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

O texto desse preceito da lei de combate à COVID-19 é, claramente, baseado na re-

dação do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, que prevê hipótese genérica de dispensa de licitação, para realizar contratos que visem atender a situações de emergência ou calamidade pública. Esse dispositivo da Lei Geral de Licitações impõe sejam adquiridos somente os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa, com o objetivo evidente de evitar que a Administração utilize a possibilidade de contratar emergencialmente para adquirir bens que nada tem a ver com a calamidade pública instaurada.

Na Lei nº 13.979/2020, a situação emergencial que fundamenta a contratação direta por dispensa é presumida – não há necessidade de demonstrá-la. A emergência de saúde pública é fato mais do que notório e, com efeito, não há necessidade de comprová-la nos autos da contratação; exigir tal comprovação demandaria um tempo precioso, do qual a Administração não tem como dispor.

No entanto, é mister verificar se, de fato, somente serão contratadas as parcelas necessárias ao atendimento da situação emergencial – não devem ser adquiridos produtos e serviços, ainda que ligados à prestação do serviço de saúde pública, sem qualquer relação com o combate à COVID-19.

Existe a presunção legal no sentido de que o objeto contratado emergencialmente limita-se à parcela necessária ao atendimento da situação emergencial (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-B, IV). Mas essa presunção, por óbvio, não é absoluta – se ficar comprovado que se contratou além do necessário, os responsáveis podem ser penalizados, inclusive criminalmente (Lei nº 8.666/1993, art. 89).

9 Dispensa de elaboração de estudos preliminares e de prévio gerenciamento de riscos

A Lei nº 8.666/1993 exige que o projeto básico da obra ou do serviço objeto da licitação seja elaborado com base nas indi-

cações de estudos técnicos preliminares, no seguintes termos:

Art. 6º. [...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]

Já a lei de combate à COVID-19, sempre no intuito de agilizar as aquisições que visem combater a pandemia, prescreve que os estudos preliminares não serão exigidos, quando se tratar de bens e serviços comuns (Lei nº 13.979/2020, artigo 4º-C, incluído pela Lei nº 14.035/2020). Não se trata de decisão discricionária: a exigência de estudos preliminares, nos casos em que o objeto da licitação for bem ou serviço comum, está expressamente vedada.

A definição de bens e serviços comuns consta do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, segundo o qual:

Art. 1º. [...]

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A conclusão a que se chega, pela lógica, é a seguinte: nas contratações diretas de bens e serviços comuns e nos pregões realizados para adquirir produtos destinados a combater a pandemia, os estudos preliminares não podem ser realizados.

Já o gerenciamento de risco somente pode ser exigível durante a gestão do contrato, isto é, não se pode realizar o estudo durante o certame licitatório ou durante a fase de preparação da contratação direta; somente depois de assinado o contrato e iniciada sua execução, será exigível o gerenciamento de riscos (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-D).

O gerenciamento de riscos visa agilizar a conclusão de eventuais processos de revisão do contrato administrativo, iniciados nas hipóteses de desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial do ajuste (CF, art. 37, XXI, e Lei nº 8.666/1993, art. 65, II, d). Por meio da elaboração de uma matriz de risco, busca-se definir qual das partes contratantes deverá arcar com os prejuízos decorrentes de eventos posteriores à assinatura do contrato, cuja ocorrência cause o desequilíbrio do ajuste.

Dada a urgência para a aquisição dos bens destinados a combater a pandemia, não há tempo hábil para elaborar o gerenciamento de riscos na fase de licitação ou de preparação do contrato emergencial, e este somente será exigível, pelos órgãos de controle, após o início da execução contratual.

10 Termo de referência ou projeto básico simplificado

O Decreto nº 3.555/2000, que regula o pregão, define termo de referência:

Art. 8º. [...]

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

Já o artigo 21 do mesmo ato normativo prevê que o termo de referência deve conter

“descrição detalhada do objeto, orçamento estimativo de custos e cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso”.

O Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, também apresenta, de forma mais completa e detalhada, os requisitos que devem constar do termo de referência (art. 3º, XI).

O projeto básico, por sua vez, é definido pela Lei nº 8.666/1993 como:

Art. 6º. [...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

Basta uma rápida comparação entre os textos da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 13.979/2020 para constatar o quanto a nova legislação simplificou a elaboração do projeto básico (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-E, § 1º, I a VII).

A Lei nº 13.979/2020 estabelece que, nas contratações que visem adquirir produtos e serviços para o combate à pandemia, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. A lei parece seguir a orientação doutrinária, não imune a críticas, que associa o termo de referência ao pregão (Decreto Federal nº 3.555/2000, art. 8º, II), ou seja, à contratação de bens e serviços comuns, e o projeto básico à concorrência, ou seja, às obras de engenharia a serviços que não sejam comuns (Lei nº 8.666/1993, art. 6º, IX). Tanto um como o outro podem ser elaborados de forma simplificada, de modo a agilizar o processo de contratação.

Os documentos, em sua forma simplificada, conterão os mesmos requisitos: I - declaração do objeto; II - fundamentação simplificada da contratação; III - descrição resumida da solução apresentada; IV - requisitos da contratação; V - critérios de medição e pagamento; VI - estimativas dos preços; VII - adequação orçamentária. (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-E, § 1º, I a VII).

No processo de contratação direta, o projeto básico ou o termo de referência também devem ser elaborados, pois é a partir deles que se verificará se o objeto contratual foi devidamente executado, especialmente

porque contém os critérios de medição da obra ou serviço contratado e de pagamento⁶. A Lei nº 8.666/1993 prescreve que as obras e serviços somente podem ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente; II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários; III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes das obras ou serviços a serem executados; IV – o produto da contratação estiver contemplado nas metas estabelecidas pelo Plano Plurianual, estipulado no artigo 165 da Constituição (art. 7º, § 2º, I a IV).

Assim, mesmo nas obras e serviços contratados emergencialmente, com dispensa de licitação, faz-se necessária a apresentação de projeto básico, ainda que simplificado, conforme artigo 4º-E da Lei nº 13.979/2020.

Os critérios indicados nos incisos I a VII do § 1º do artigo 4º-E da lei de combate ao coronavírus são essenciais para qualquer contratação. O objeto contratado deve ser suficientemente descrito, a fim de evitar dúvidas quanto à sua conclusão pelo contratado e para que se saiba o que realmente deve ser fornecido à Administração, a evitar prestações desnecessárias; a contratação deve ser fundamentada, justificada, a fim de comprovar sua real necessidade, a impedir gastos desnecessários de dinheiro público; os requisitos para contratação devem ser indicados, especialmente nos casos em que é realizada uma cotação de preços entre fornecedores interessados,

6 Nesse sentido, o TCU já se manifestou que “mesmo na hipótese de contratação emergencial, é necessária a elaboração de projeto básico com todos os elementos indicados no art. 6º, inciso, IX, da Lei 8.666/93, em face do disposto no art. 7º, § 2º, inciso II e § 9º da mesma Lei. É possível admitir a celebração de contratos firmados com suporte em projeto básico que não apresentem todos esses elementos, em casos excepcionais, com o intuito de afastar risco iminente de dano a pessoas ou a patrimônio público ou particular”. (TCU, Acórdão 3065/2012 – Plenário)

nos processos de dispensa – as empresas que apresentam suas propostas nessas cotações devem conhecer os requisitos para contratar, caso vençam a cotação; os critérios de medição e pagamento devem ser suficientemente descritos, pois é com base neles que serão realizados os pagamentos ao contratado, após a expedição dos termos de recebimento provisórios e definitivos (Lei nº 8.666/1993, art. 73); e as estimativas de preços devem ser apresentadas, tendo em vista o que dispõe o artigo 26, III, da Lei nº 8.666/1993.

A cotação de preços pode ser realizada na forma eletrônica, em especial nos casos de dispensa por valor (Lei nº 8.666/1993, art. 24, II), mas não só. No Município de São Paulo, há obrigatoriedade quanto ao uso da cotação eletrônica nesses casos (Decreto Municipal nº 54.102/2013, art. 2º). O Decreto Federal nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico e a dispensa eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal, determina que:

Art. 1º. [...]

§ 3º. Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da *dispensa eletrônica* será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.

O Decreto define o sistema de *dispensa eletrônica* como:

Art. 3º. [...]

X – sistema de dispensa eletrônica – “ferramenta informatizada, integrante da plataforma do Siasg, disponibilizada pelo Ministério da Economia, para a realização dos processos de contratação

direta de bens e serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia.

Perceba-se que o decreto federal prevê a adoção da *dispensa eletrônica* não somente para aquisição de pequeno valor (Lei nº 8.666/1993, art. 24, I e II), como também para as outras hipóteses de dispensa do artigo 24 da lei geral de licitações, quando cabível (Decreto nº 10.024/2019, art. 51, III). Nesse caso, os interessados em contratar diretamente com a Administração participam de uma espécie de certame e, por isso, precisam conhecer bem o objeto contratual e os requisitos para contratar, já que suas propostas de preços serão realizadas tendo em conta tais aspectos.

Sobre o pagamento ao contratado, vale notar que o Decreto nº 59.283/2020 do Município de São Paulo indica que os prazos para pagamento ao contratado podem ser ajustados de forma a assegurar “o fornecimento de insumos e/ou medicamentos, mesmo que inobservada a estrita ordem cronológica das datas de exigibilidades das obrigações, vedado o seu pagamento antecipado” (art. 2º, § 1º). A regra dá preferência ao pagamento de fornecedores de bens e serviços destinados a combater a pandemia, ainda que isso represente quebra da ordem cronológica dos pagamentos de fornecedores em geral.

A norma municipal está de acordo com a Lei Geral de Licitações, que determina:

Art. 5º. [...] no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Não há dúvida de que estão presentes relevantes razões de interesse público que

justificam a quebra da ordem cronológica de pagamento aos contratados – a emergência de saúde pública justifica seja dada preferência ao pagamento de fornecedores de serviços e bens destinados a combater os efeitos da pandemia.

O Decreto nº 59.283/2020 do Município de São Paulo reconhece a situação de emergência na saúde pública (art. 1º) e estabelece regra que busca evitar que potenciais fornecedores deixem de contratar com a Administração, em razão do receio de não serem pagos pelos serviços prestados ou pelos produtos fornecidos (art. 2º, § 1º).

Ainda sobre o tema, vale lembrar que a Lei nº 8.666/1993 considera crime “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade” (art. 92). Cabe, no entanto, ressaltar que o pagamento antecipado para viabilizar o combate à pandemia, desde que devidamente justificado nos autos da contratação, exclui a ilicitude da conduta, em razão do estrito cumprimento do dever legal por parte do Administrador (CP, art. 23, III). O tipo penal exige conduta dolosa, que não é caracterizada nos casos em que o pagamento com quebra de ordem visa combater a emergência de saúde pública causada pela pandemia.

Interessante notar que o decreto municipal, não obstante permitir a quebra da ordem cronológica, veda o pagamento antecipado ao contratado, ou seja, proíbe que o fornecedor receba antes de prestar o serviço ou de entregar a mercadoria (art. 2º, § 1º, *in fine*). Nesse sentido, respeitada está a regra constante da Lei Geral de Licitações, que veda o pagamento antecipado ao contratado, “sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço” (Lei nº 8.666/1993, art. 65, II, c). Há atendimento, também, ao disposto nos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964, que veda o pagamento antes de comprovada a execução total do objeto contratual.

Ocorre que, de forma excepcional, o decreto municipal permite o pagamento

antecipado das obrigações decorrentes de contratos emergenciais destinado a enfrentar a COVID-19:

Art. 2º. [...]

§ 2º. De forma excepcional, poderá ser aceito o pagamento antecipado das obrigações decorrentes de contratações emergenciais realizadas com fundamento no inciso II deste artigo, desde que seja prestada pelo contratado garantia integral e idônea por uma das modalidades previstas no artigo 56 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e o fornecedor seja o único apto a fornecer o insumo e/ ou medicamento, mediante parecer técnico conclusivo.

A antecipação do pagamento, portanto, somente pode ocorrer, no âmbito do Município de São Paulo, em casos excepcionais e devidamente motivados, se o contratado prestar caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, nos moldes da Lei nº 8.666/1993 (art. 56, § 1º, I a III), e desde que se trate de fornecedor único do insumo ou medicamento imprescindível ao combate da emergência de saúde pública.

Para comprovar que se trata de fornecedor único, aplicável, ao caso, por analogia, a regra constante do art. 25, I, da Lei nº 8.666/1993, que regula a comprovação de exclusividade para fins de contratação direta por inexigibilidade de contratação.

Sobre a questão, ressalte-se que há jurisprudência do Tribunal de Contas da União contrária à realização de pagamentos antecipados, salvo:

[...] nos casos em que há “antecipação do cronograma financeiro com a correspondente contraprestação de fornecimento de bens, execução de obra ou prestação de serviço, em razão do que estabelece o art. 65, inciso II, alínea ‘c’, da Lei nº 8.666/1993, c/c

os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964. (TCU, Acórdão 1971/2010, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, TC 010.280/2004-9, sessão de 11.8.2010)

Não obstante, a antecipação do pagamento, na forma prevista pelo decreto municipal, pode ser admitida, já que depende de prestação de garantia por parte do contratado, e da comprovação de se tratar de fornecedor único de bem ou serviço necessário a enfrentar a pandemia (Decreto nº 59.283/2020 do Município de São Paulo, art. 2º, § 2º).

Sobre a estimativa de preços, obrigatória também nos casos de contratação direta (Lei nº 8.666/1993, art. 26, III), a Lei nº 13.979/2020 determina que deve ser obtida por meio de um dos seguintes parâmetros, no mínimo: a) portal de compras do governo federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sítios eletrônicos especializados; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores (art. 4º-E, § 1º, VI). A redação do dispositivo é fundamentada em normas anteriores sobre a realização de pesquisas de preços em processos licitatórios, como, por exemplo, a Instrução Normativa nº 5/2014, expedida pelo antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁷.

A pesquisa de preços na contratação direta por dispensa é fundamental para evi-

tar contratações com valores muito acima do preço de mercado do bem ou serviço. Especialmente nos casos de contratações emergenciais, deve ser evitada a aquisição por valores muito superiores aos que o mercado cobraria em situações normais, ou àqueles que seriam obtidos em processos licitatórios. Uma pesquisa de preços bem elaborada é fundamental, também, para que se calcule a reserva orçamentária que fará frente à contratação. Aliás, um dos requisitos obrigatórios do projeto básico ou termo de referência simplificado é a adequação orçamentária (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-E, § 1º, VII).



Fonte: www.freepik.com

Note-se que a Lei nº 13.979/2020 prevê que, excepcionalmente, pode ser dispensada a estimativa de preços, mediante justificativa da autoridade competente (art. 4º-E, § 2º). O dispositivo deve ser aplicado com a máxima cautela, tendo em vista a importância que a pesquisa de preço possui em qualquer contratação realizada pelo Poder Público, mesmo naquelas decorrentes de situações de emergência ou calamidade pública. A autoridade competente deve apresentar, de forma detalhada, as razões que impedem a realização da pesquisa de preço, já que, nesses casos, o contratado definirá de forma unilateral o valor da contratação.

Ainda quanto à estimativa de preços, o § 3º do artigo 4º-E da Lei nº 13.979/2020 ressalta:

⁷ De acordo com a IN 5/2014 (revogada pela IN nº 73/2020), a pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: “I – Painel de Preços disponível em endereço eletrônico (paineldeprescos.planejamento.gov.br); II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias” (art. 2º).

Art. 4º-E. [...]

§ 3º. Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

I – negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

II – efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

É sabido que os preços de mercado dos insumos necessários ao enfrentamento da COVID-19 têm sofrido variações extraordinárias, quase que diariamente, em razão do aumento da demanda mundial por esses produtos. Portanto, no período entre a coleta de dados para realizar a estimativa de preços e a efetiva assinatura do contrato, pode haver elevação dos valores cobrados pelos fornecedores. Nesses casos, diante da necessidade de aquisição desses bens para enfrentar a emergência de saúde pública, não restará outra alternativa ao agente público a não ser contratar por preço superior ao obtido na estimativa. A justificativa, nessas hipóteses, deve ser apresentada nos autos da contratação, e pode ser invocado, na defesa do administrador, o disposto no artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942)⁸.

8 LINDB, art. 22. “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

11 Dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista

O artigo 4º-F, incluído pela MP nº 926/2020, prevê que a Administração contratante pode dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou trabalhista, além de outros requisitos de habilitação, excepcionalmente e mediante justificativa, *na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço*.

A dispensa de apresentação de documentos relativos à habilitação, mesmo nos casos de contratação emergencial, deve ocorrer em casos excepcionais e com a máxima cautela⁹, especialmente nas hipóteses de contratação de prestação de serviços contínuos com mão-de-obra exclusiva, já que o não-pagamento das verbas trabalhistas aos empregados da empresa contratada pode gerar responsabilidade subsidiária da Administração contratante, nos termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰.

De acordo com esse entendimento sumular, se a Administração Pública deixa de fiscalizar o pagamento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviço, pode ser responsabilizada subsidiariamente pelo inadimplemento, a figurar como ré nas reclamações trabalhistas promovidas pelos

9 Vale lembrar o entendimento do TCU no sentido de que “a contratação de empresa por dispensa de licitação não prescinde da apresentação dos documentos comprobatórios de sua habilitação” (TCU, Acórdão 1.839/2006, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes).

10 De acordo com a Súmula 331 – TST, “[...] V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

empregados lesados. Para que isso seja evitado, o Poder Público contratante deve exigir certidões negativas de débitos trabalhistas e fiscalizar o pagamento das verbas trabalhistas antes e durante a execução do contrato.

Assim, a dispensa de apresentação dessas certidões deve ocorrer em casos excepcionais e ser muito bem justificada. Na realidade, esse tipo de dispensa deve ser reservado, a rigor, apenas às hipóteses de fornecedor único, situações em que a licitação se torna inexigível (Lei nº 8.666/1993, art. 25, I). Se a Administração precisa emergencialmente do serviço ou do produto e não há outra empresa que possa ser contratada, a saída é contratar entidades que possuem dívidas trabalhistas ou fiscais, ao arrepio do que prevê as regras sobre habilitação nas licitações e contratos administrativos (Lei nº 8.666/1993, art. 27 e ss.).

Mas a Lei nº 13.979/2020 vai um pouco além: admite seja dispensada a apresentação de certidões negativas fiscais *nas hipóteses de restrição de fornecedores ou prestadores de serviço*. Ou seja, para a lei, basta a restrição no número de fornecedores para que a apresentação de certidões seja dispensada.

O dispositivo deve ser interpretado em seus devidos termos: ainda que a Administração esteja em um cenário de restrição do número de possíveis fornecedores, deve dar preferência à contratação daqueles que possuam todos os requisitos para a habilitação.

Na hipótese de fornecedor único, nos casos de grande disparidade de preços entre fornecedor habilitado e fornecedor não-habilitado, ou nos casos em que o fornecedor habilitado não compareça para assinar o ajuste, e diante da necessidade de contratação emergencial, poderá a Administração dispensar a apresentação de certidões negativas, motivadamente.

Cumpra-se notar que está vedada a dispensa de prova de regularidade relativa à Seguridade Social (Lei nº 8.666/1993, art. 29, IV) e de declaração de que a contratada não

emprega menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos, e nem menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre (CF, art. 7º, XXXIII c/c Lei nº 8.666/1993, art. 27, V).

12 Duração e prorrogação dos contratos emergenciais

A Lei nº 13.979/2020 prevê que os contratos destinados a adquirir bens e serviços para combater a pandemia terão *prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública* (art. 4º-H, incluído pela MP nº 926/2020).

A regra excepciona a norma constante do artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que a duração dos contratos administrativos está limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, em homenagem ao princípio da anualidade orçamentária. A Administração Pública só pode despender recursos de acordo com a lei orçamentária anual, que vale de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada exercício financeiro; portanto, em regra, todo contrato administrativo deve ter duração limitada a 31 de dezembro do exercício em que houver sido subscrito pelas partes. A rigidez dessa regra foi abrandada por entendimentos dos Tribunais de Contas e pela praxe administrativa – o prazo do contrato, geralmente, é fixado para além do exercício em que foi firmado, pelo período inicial de 12 (doze) meses, mas a reserva orçamentária é feita até a data de 31 de dezembro, seguida de outra reserva de recursos no exercício seguinte, de 1º de janeiro até a data em que a vigência do contrato expirar.

A lei de combate à COVID-19, como dito, prevê exceção à regra geral da Lei nº 8.666/1993: estabelece que os contratos terão prazo de duração de *até seis meses*; ou seja, os contratos, a princípio, não devem durar até

31.12.2020 – data em que expiram os créditos orçamentários –, já que visam apenas combater os efeitos emergenciais da pandemia. A aquisição de bens e serviços destinados a combater à COVID-19 após a fase emergencial da pandemia deverá ser contratada com base nas regras da Lei nº 8.666/1993, mediante regular procedimento licitatório. Ainda que o prazo do contrato emergencial ultrapasse 31.12.2020, será de no máximo 6 (seis) meses. A finalidade da lei é evitar que contratos emergenciais sejam efetivados sem necessidade, para além da duração da situação emergencial que lhe dá fundamento; a Lei nº 8.666/1993, do mesmo modo, prevê que os contratos emergenciais devem ter duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, *contados da ocorrência da emergência ou calamidade* (art. 24, IV). Os contratos emergenciais são realizados sem licitação e, frequentemente, firmados em valores superiores aos que são obtidos após regular procedimento licitatório; por isso, sua efetivação deve ser reservada a situações excepcionais, em que realizar o processo licitatório possa pôr em risco o interesse coletivo e, mais especificamente, no caso ora em estudo, a saúde da população.

Todavia, a lei de combate à pandemia permite a prorrogação dos contratos emergenciais, ao contrário da Lei nº 8.666/1993, que veda expressamente essa possibilidade (art. 24, IV). Afinal, é de se presumir que o prazo de 6 (seis) meses fixado para a vigência do contrato emergencial seja suficiente para realizar licitações, por meio das quais poderão ser adquiridos os bens e serviços necessários ao enfrentamento do grave problema de saúde pública.

Com efeito, a Lei nº 13.979/2020 estabelece que os contratos emergenciais por ela regidos poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, *enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública* (art. 4º-H, incluído pela MP nº 926/2020).

Lembre-se de que a Lei nº 8.666/1993 permite a prorrogação da vigência de contratos de prestação de serviços contínuos, por iguais e sucessivos períodos, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, mas estabelece o prazo máximo de 60 (sessenta) meses para tais prorrogações (art. 57, II). Da mesma forma, os contratos de aluguel de equipamentos e de utilização de programas de informática podem ter os respectivos prazos de duração estendidos por até 48 (quarenta e oito) meses (art. 57, IV). A Lei nº 13.979/2020, ao contrário, não fixa limite máximo para a prorrogação – enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da situação de emergência de saúde pública, o contrato poderá ser prorrogado.

Mas a prorrogação do contrato emergencial deve obedecer a limites, decorrentes da legislação aplicável aos processos de contratação pública. Após o decurso do prazo contratual de até 6 (meses), estabelecido pela Lei nº 13.979/2020 (art. 4º-H), é bem possível que a situação emergencial tenha terminado e, nesse caso, torna-se perfeitamente viável realizar certames licitatórios para contratar serviços e produtos necessários ao enfrentamento da COVID-19. De modo que a prorrogação do contrato emergencial deve ser realizada em caráter excepcional, desde que a situação de calamidade pública perdure, e desde que não tenha havido tempo hábil para realizar licitação, ou que tenha sido o processo suspenso por decisão judicial ou administrativa. A regra é contratar mediante prévio processo licitatório; a exceção é a contratação direta por dispensa de licitação (CF, art. 37, XXI).

A contratação emergencial, assim como sua prorrogação, somente se justifica se a realização do processo licitatório causar prejuízo ao interesse coletivo. Licitar demanda tempo e respeito aos prazos processuais e, em determinadas ocasiões, o atendimento a esses prazos pode comprometer a segurança e a saúde de cidadãos afetados pelos efeitos da calamidade pública.

A prorrogação dos contratos emergenciais não é automática, como a leitura irrefletida do artigo 4º-H da Lei nº 13.979/2020 pode fazer crer; tanto a subscrição do contrato como a sua prorrogação devem ser fundamentadas na necessidade de enfrentamento emergencial dos efeitos da pandemia; passada a fase aguda da situação de calamidade, as licitações devem voltar a ser realizadas. A prorrogação do contrato de aquisição de bens e serviços para combater à COVID-19 somente pode ser efetivada se a situação emergencial perdurar, e se não houver tempo hábil para realizar o certame licitatório.

A situação emergencial passará, mas a enfermidade veio para ficar. Assim, devem os órgãos e entidades que prestam o serviço de saúde pública se preparar para adquirir, de forma contínua, os insumos necessários para combatê-la, e isso deve ser feito, em regra, mediante licitação.

13 Alteração unilateral do contrato

A Lei nº 13.979/2020 estabelece que, para os contratos regidos pela lei, a Administração Pública poderá prever *que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato* (art. 4º-I, incluído pela MP nº 926/2020).

Note a diferença de redação entre o dispositivo da lei de combate à COVID-19 e aquele constante do artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

A Lei nº 8.666/1993 prevê a alteração unilateral qualitativa e quantitativa do objeto do contrato pela Administração Pública contratante (art. 65, I, *a* e *b*); trata-se de cláusula presente em todos os contratos administrativos, cuja vigência independe de previsão expressa no ajuste, visto que decorrente de lei (Lei nº 8.666/1993, art. 58, I). Os limites para alteração unilateral são fixados em até

25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, na hipótese de acréscimos ou supressões em obras, serviços ou compras, e em até 50% (cinquenta por cento) no caso de acréscimos em reforma de edifício ou de equipamento (Lei nº 8.666/1993, art. 65, § 1º).

Nos contratos que visam adquirir bens e serviços para o combate à COVID-19, a Administração pode incluir cláusula que lhe garanta a prerrogativa de alterar unilateralmente o objeto contratual em até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do ajuste. O poder de alteração unilateral não decorre diretamente da lei – sua aplicabilidade deve estar prevista expressamente em cláusula contratual, ao contrário do que ocorre com os contratos firmados com base na Lei nº 8.666/1993.

O limite de alteração foi ampliado pela Lei nº 13.979/2020: caso previsto no contrato, a Administração poderá acrescer ou suprimir o objeto contratual em até 50% do seu valor inicial atualizado (art. 4º-I). O aumento do percentual de alteração se justifica diante das incertezas sobre a evolução da pandemia no país – cada compra de medicamentos ou de materiais hospitalares e cada contratação de serviços de saúde pode ser realizada em montante muito maior ou muito menor do que o necessário, tendo em vista, justamente, essas dúvidas sobre como a doença se alastrará pelo nosso território.

14 Considerações finais

A Lei nº 13.979/2020 procurou facilitar as contratações emergenciais para fazer frente ao grave quadro de saúde pública gerado pela pandemia da COVID-19, mediante o estabelecimento de regras que flexibilizam o processo de contratação direta de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência.

Não obstante a temporariedade das normas (art. 4º, § 1º), é necessária cautela na

aplicação de muitos dos dispositivos incluídos no diploma legal, sob pena de gerar um enorme passivo ao erário e de promover a contratação de bens que não tenham relação direta com o combate à pandemia.

Referências

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Participação feminina no parlamento e a democracia paritária: desafios para o Brasil



Gabriela Shizue Soares de Araujo

Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Direito Eleitoral e de Direitos Humanos na Graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenadora de Extensão, Mídia e Eventos da Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada.

RESUMO: O presente artigo trata da democracia paritária como uma meta global de desenvolvimento e evolução dos direitos humanos, bem como da posição do Brasil perante o mundo rumo à equidade da participação feminina na política. Para tanto, busca-se estudar a efetividade das legislações de cotas de gênero e políticas afirmativas para inclusão de mulheres no parlamento brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Democracia paritária. Mulheres. Parlamento. Cotas de gênero.

ABSTRACT: This article deals with parity democracy as a global goal of development and evolution of human rights and how Brazil is positioned in comparative with the world towards the equality of female participation in politics. To this end, we seek to study the effectiveness of gender quota laws and affirmative policies for the inclusion of women in the Brazilian parliament.

KEYWORDS: Parity democracy. Women. Parliament. Gender quotas.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Igualdade de gênero na política e democracia paritária. 3 Políticas afirmativas e cotas de gênero para a participação feminina no parlamento brasileiro 3.1 Menos de um século da conquista do direito ao voto feminino. 3.2 Evolução da legislação de cotas de gênero para o parlamento no Brasil. 3.3 A intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas afirmativas para as eleições de 2018. 3.4 Os impactos das novas políticas de cotas após as eleições de 2018. 4 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Embora em maioria demográfica, inclusive se considerado exclusivamente o espectro do eleitorado apto a votar (52,5%)¹, as mulheres brasileiras continuam representando uma minoria política em termos de participação ativa em cargos eletivos ou de liderança institucional e governamental, o que não é muito diferente na maioria dos países ocidentais, posto que a discriminação de gênero e a exclusão da voz feminina nos espaços de poder fazem parte de um triste histórico compartilhado em nível global.

Em pesquisa² divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em março de 2018, o Brasil ocupava, no cenário internacional, a 152ª posição entre os 190 países que informaram à *Inter-Parliamentary Union* (IPU ou UIP – União Interparlamentar) o percentual de cadeiras ocupado por mulheres em exercício em suas câmaras baixas (equivalente à Câmara dos Deputados) ou parlamento unicameral.

De acordo com a pesquisa acima mencionada, em dezembro de 2017, enquanto a média mundial alcançou o patamar baixíssimo de 23,6% de participação feminina no parlamento, por sua vez, no Brasil, o resultado foi ainda pior: 10,5%, em um percentual inferior a todos os demais países sul-americanos! Bolívia e Argentina, por exemplo, apresentaram os quantitativos de representação feminina de 53,1% e 38,1%, respectivamente.

Passados dois anos, em março de 2020, depois da aplicação de novas políticas de cotas já para as eleições gerais que aconteceram em outubro de 2018, verificou-se um significativo aumento no percentual de mulheres no parlamento brasileiro³, agora de 14,62%, o que eleva o Brasil à posição 141 do *ranking* da União Interparlamentar.

Ainda assim, continua 10% abaixo da média mundial, que em março de 2020 era de 25%⁴, e muito atrás tanto de países de alto desenvolvimento econômico e social, como Suécia (47%) e Finlândia (46%), como também de países de tradição cultural e religiosa mais conservadora com relação às mulheres, como Ruanda (61,3%), Senegal (43%), Timor Leste (38,5%) e Afeganistão (27%).

Por outro lado, há que se observar que a própria média mundial atual está bastante aquém de um almejado equilíbrio democrático, especialmente considerando que as mulheres compõem quase metade da população mundial, e em muitos países, como no Brasil, são maioria populacional.

1 Dados do eleitorado fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, referente ao período de julho de 2020. (TSE. *Estatísticas do eleitorado* – por sexo e faixa etária. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 17 ago. 2020.)

2 Referida pesquisa intitulada “Estatísticas de gênero - indicadores sociais das mulheres no Brasil”, seguiu todos os *standards* internacionais do conjunto mínimo de indicadores de gênero (CMIG ou MSGI – *minimum set of gender indicators*) estipulado pela Comissão de Estatística das Nações Unidas (*United Nations Statistical Commission*), somando-se aos esforços de sistematização de informações destinadas à produção nacional e à harmonização internacional de estatísticas de países e regiões relativamente à igualdade de gênero e ao empoderamento feminino. (IBGE. *Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. IBGE: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

3 IPU. *Monthly ranking of women in national parliaments*. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=3&year=2020>. Acesso em: 18 mar. 2020.

4 IPU. *Global and regional averages of women in national parliaments*. Disponível em: https://data.ipu.org/women-averages?month=3&year=2020&op=Show+averages&form_build_id=form-HZl4AAZTGZ1v6j7eO8wWNmpZuoHOUtfviJGh7WXk39M&form_id=ipu_women_averages_filter_form. Acesso em: 17 ago. 2020.

O que se pretende demonstrar no presente artigo, destarte, é que a simples concessão formal de igualdade de direitos, isoladamente, é insuficiente para corrigir as distorções e desvantagens sedimentadas em um processo milenar de dominação masculina e supressão da voz feminina na esfera pública de debate.

Faz-se premente, portanto, a priorização do combate à desigualdade de gênero nas normativas e nos tratados internacionais, posto que a promoção efetiva da igualdade de gênero no acesso aos processos de tomada de decisão e nas esferas públicas institucionais de cada país configura um dos pressupostos fundamentais da própria subsistência da democracia como meio de vida e como direito internacional positivo, do qual é titular o gênero humano⁵, sem prejuízo da necessidade de se representar os demais pluralismos da sociedade, com os recortes de raça, etnia, religião, sexualidade, entre outros.

Abordada a importância da igualdade de gênero na política e a evolução internacional na busca da democracia paritária, os capítulos seguintes do presente artigo serão dedicados ao estudo da legislação e jurisprudência brasileiras na efetivação desses objetivos globais de direitos humanos, para que, ao final, se possa realizar um balanço das conquistas alcançadas e alguns dos muitos desafios ainda a serem enfrentados pelo Brasil

até que se consiga incluir, concretamente, e com equidade, a maior parte da população – mulheres – nos espaços decisórios e de poder.

2 Igualdade de gênero na política e democracia paritária

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979, e ratificada por 189 Estados (2016), dentre eles o Brasil (1984), tem cumprido um papel importante na promoção da igualdade das mulheres na política, inclusive com a recomendação aos Estados-partes de adoção de medidas legais e judiciais afirmativas, como se extrai da leitura dos dispositivos abaixo transcritos:

Artigo 3º - Os Estados-partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

[...]

Artigo 7º - Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

- a) votar em todas as eleições e referendos públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas;
- b) participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais;
- c) participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.

5 Sobre a concepção da democracia dentro do conceito de direitos humanos internacionalizados, empresta-se as palavras de Paulo Bonavides: “O conceito de democracia, enquanto direito de uma nova categoria, emerge da grande revolução democrática da cidadania, levada a cabo com a universalização dos direitos humanos, mediante o reconhecimento de que estes já não são unicamente direitos fundamentais, apenas por lograrem inserção normativa no corpo da Constituição de um Estado, mas também por se lhes reconhecer, ao mesmo passo, uma ascensão gradativa de positividade e postulação direta, numa ordem jurídica superior, que é o direito internacional”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 378)



Fonte: www.freepik.com

Desta forma, muito mais importante do que remover os empecilhos legais que por séculos excluíram as mulheres da vida pública, é necessário, antes de tudo, reconhecer que referidos empecilhos de fato existiram, o que contribuiu para posicionar o gênero feminino em abissal desvantagem social e cultural com relação ao gênero masculino.

É o que Nancy Fraser muito bem resume quando afirma que:

[...] O androcentrismo e sexismo predominantes exigem a mudança dos valores culturais (assim como de suas expressões legais e práticas) que privilegiam a masculinidade e negam respeito às mulheres. Exigem o descentramento das normas androcêntricas e a revalorização de um gênero desprezado. A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à sexualidade: conceder reconhecimento positivo a um grupo especificamente desvalorizado⁶.

Ainda segundo o pensamento de Fraser, como as normas culturais e sexistas estão institucionalizadas no Estado e na economia, as mulheres habitam um círculo vicioso de subordinação cultural e econômica: sua desvantagem econômica restringe sua participação igualitária na formação da cultura e nas esferas públicas, ao mesmo passo em que tais restrições político-culturais impedem o seu crescimento econômico. Eis porque, para corrigir as injustiças de gênero, é necessário que se recorra a dois tipos de remédios analiticamente distintos, porém entrelaçados: redistribuição e reconhecimento.

Daí decorre a necessidade de políticas e legislações específicas como forma de compensação da situação de desigualdade histórica e ao mesmo tempo complexa em que se encontra o gênero feminino.

Seja para conferir condições de igualdade com os homens no âmbito do mercado de trabalho e da economia, seja para conferir condições especiais que permitam a eliminação das desvantagens sociais e políticas em que se situam as mulheres, o que se deve buscar é a concretização do direito à igualdade em sua acepção material ampla, no sentido de se reconhecer as diferenças e respeitar as diversidades – inclusive identitárias – para se realizar um mínimo de justiça social.

Nessa linha, a Declaração de Direitos Humanos de Viena, em 1993, veio consolidar o reconhecimento das identidades das mulheres e das meninas como sujeitos de direito internacional, vistas dentro de suas especificidades e singularidades, como forma de garantir a sua luta – identitária – por igualdade⁷.

6 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Trad. Julio Assis Simões. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14-15, 2006, p. 234.

7 É o que se verifica no § 18 da referida Declaração de Viena, parcialmente transcrito a seguir: “18. Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional

Dois anos depois, na IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, realizada em Pequim, em setembro de 1995, deu-se um grande passo no sentido da universalização de políticas afirmativas reconhecedoras das injustiças históricas sofridas pelas mulheres em razão do gênero, assim como conferiu-se tratamento à situação da mulher sob a perspectiva de direitos, assumindo-se assim que a desigualdade entre homens e mulheres é uma questão de direitos humanos, e não apenas uma situação decorrente de problemas econômicos e sociais a serem superados.

A Conferência resultou em um conjunto de objetivos estratégicos e compromissos firmados pelos Estados-partes, aglutinados na Declaração e na Plataforma de Ação de Pequim, dentre os quais vale destacar o compromisso em adotar medidas para garantir às mulheres igualdade de acesso às estruturas de poder e ao processo de decisão, bem como sua participação em ambos:

[...] Estamos convencidos de que:

13. O empoderamento da mulher e sua total participação, em base de igualdade, em todos os campos sociais, incluindo a participação no processo decisório e o acesso ao poder, são fundamentais para a realização da igualdade, do desenvolvimento e da paz;

14. Os direitos da mulher são direitos humanos;

15. A igualdade de direitos, de oportunidades e de acesso aos recursos, a divisão eqüitativa das responsabilidades familiares e a parceria harmoniosa entre mulheres e homens são fundamentais ao seu bem-estar e ao de suas famílias, bem como para a consolidação da democracia;

e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional". (ONU. *Declaração e programa de ação de Viena (1993)*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019.)

16. A erradicação da pobreza deve ser baseada em um crescimento econômico sustentável, no desenvolvimento social, na proteção ambiental e na justiça social, e requer a participação da mulher no processo de desenvolvimento econômico e social, oportunidades iguais e a plena participação, em condições de igualdade, de mulheres e homens, como agentes e beneficiários de um desenvolvimento sustentável orientado para o indivíduo; [...]⁸.

Dentre as diversas medidas com as quais se comprometeram os Estados-partes na ocasião, incluindo o Brasil, dá-se destaque para as seguintes:

[...] a) comprometer-se a estabelecer a meta de equilíbrio entre mulheres e homens nos organismos e comitês governamentais, assim como nas entidades da administração pública e no judiciário, incluídas, entre outras coisas, a fixação de objetivos específicos e medidas de implementação, a fim de aumentar substancialmente o número de mulheres e alcançar uma representação de paridade das mulheres e dos homens, se necessário mediante ação afirmativa em favor das mulheres, em todos os postos governamentais e da administração pública;

b) adotar medidas, inclusive, quando apropriado, nos sistemas eleitorais, para estimular os partidos políticos a incorporarem as mulheres a postos públicos eletivos e não eletivos, na mesma proporção e nas mesmas categorias que os homens;

[...]

d) examinar o impacto dos sistemas eleitorais sobre a representação política das mulheres nos organismos eletivos e

8 ONU. *Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher*: Pequim 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019.

considerar, quando procedente, a possibilidade de ajustar ou reformar esses sistemas;[...]”⁹.

Antes da realização da supramencionada IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, ainda em 1992, surgia o conceito de democracia paritária, por meio da Declaração Ministerial de Atenas, quando se ponderou que:

[...] a democracia requer paridade na representação e administração da nações, porque a sub-representação das mulheres nos níveis de decisão impede que sejam tidos em conta na sua totalidade os interesses e necessidades da população no seu conjunto¹⁰.

Em 2007, na X Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, ministras e representantes dos Mecanismos de Defesa da Mulher de países latino-americanos e caribenhos subscreveram o que foi denominado como Consenso de Quito, reconhecendo que:

[...] a paridade é uma condição determinante da democracia e uma meta para erradicar a exclusão estrutural das mulheres na sociedade¹¹.

Os postulados da paridade estabelecidos em Quito foram reiterados na XI Conferência Regional sobre a Mulher da América

Latina e do Caribe, realizada em Brasília, em julho de 2010.

O chamado Consenso de Brasília, ratificando o Consenso de Quito e reafirmando seus objetivos de alcançar a igualdade no exercício do poder, na tomada de decisões, nos mecanismos de participação e de representação social e política, como realização do direito internacional à democracia, resultou em um acordo entre os países da região, incluindo o Brasil, no sentido de adotar diversas medidas para ampliar a participação das mulheres nos processos de tomada de decisões e nas esferas de poder, dentre as quais vale destacar a seguinte:

3. [...] d) Promover a criação de mecanismos e apoiar os que já existem para assegurar a participação político-partidária das mulheres que, além da paridade nos registros das candidaturas, assegurem a paridade nos resultados, garantam o acesso igualitário ao financiamento de campanhas e à propaganda eleitoral, assim como sua inserção nos espaços de decisão nas estruturas dos partidos políticos. Da mesma forma, criar mecanismos para sancionar o descumprimento das leis neste sentido¹².

Firmou-se, assim, como objetivo, a democracia paritária, com a finalidade de:

[...] alcançar mudanças reais que vão além do reconhecimento formal de direitos que, na prática, as mulheres não conseguem exercer em igualdade de condições com os homens¹³.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ A Declaração de Atenas é o documento produzido pela primeira cúpula europeia “Mulheres no Poder”, com a participação de ministras e ex-ministras da Europa, realizada em novembro de 1992. Disponível em: <http://arquivo.sinbad.ua.pt/Cartazes/2006004927>. Acesso em: 18 fev. 2019.

¹¹ CEPAL. *Consenso de Quito*. Disponível em: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consenso-dequito_o.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

¹² CEPAL. *Consenso de Brasília*. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/spm-divulga-boletim-da-xi-conferencia/?searchterm=consenso>. Acesso em: 18 fev. 2019.

¹³ CABANILLAS, Beatriz Llanos. A modo de introducción: caminos recorridos por la paridad en el mundo. In: CABANILLAS, Beatriz Llanos (Ed.). *La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina*. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica. Perú:

Portanto, a igualdade de gênero que se deve buscar na conjuntura sócio-política interna é justamente a igualdade material-fática com a qual o Estado brasileiro se comprometeu nos diversos tratados internacionais dos quais é signatário, e precisa ser construída tendo em vista as diferenças reais e o longo histórico de discriminação e exclusão da mulher brasileira das esferas públicas e de tomada de decisão no país. O que significa, necessariamente, a aplicação de políticas de cotas e afirmativas.

Como bem sintetizam Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades¹⁴.

Considerando, ainda, que os tratados internacionais que tratam de direitos humanos, de acordo com a jurisprudência pátria, assumem no mínimo um caráter supralegal, e, mais do que isso, tendo em vista que a maior parte da população brasileira é composta por mulheres, o cumprimento dos compromissos internacionais firmados pelo país no que se refere ao estabelecimento de cotas afirmativas em busca de democracia paritária adquire o caráter de medida necessária para a própria sustentabilidade do modelo democrático, incluindo-se, aí, as questões interseccionais afetas, como raça, classe social e regionalidade.

IDEA Internacional/CIM Comisión Interamericana de Mujeres, 2013, p. 17-46.

14 SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 25-68.

3 Políticas afirmativas e cotas de gênero para a participação feminina no parlamento brasileiro

Como será demonstrado a seguir, desde a conquista do direito ao voto feminino, no século passado, até a implementação de legislações com cotas afirmativas para inclusão de mulheres na política, estas últimas graças aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil nesse sentido, pouco se avançou em resultados concretos numéricos, restando ainda um grande abismo, favorável ao gênero masculino, na representação parlamentar brasileira do século XXI.

Sob a perspectiva da evolução legislativa dos direitos políticos arduamente e muito tardiamente conquistados pelas mulheres no Brasil, e da produção jurisprudencial correspondente, será possível, neste capítulo, visualizar alguns dos obstáculos e, ao mesmo tempo, medidas possíveis para superar a ainda resistente sub-representação feminina nos espaços de poder.

3.1 Menos de um século da conquista do direito ao voto feminino

O dia 24 de fevereiro é celebrado no Brasil como o “Dia da Conquista do Voto Feminino”, conforme dispõe a Lei nº 13.086/2015, simbolicamente sancionada pela primeira e única – até o momento - mulher eleita presidente do país, Dilma Vana Rousseff.

Referida data comemorativa remete-se à promulgação, por Getúlio Vargas, do Decreto nº 21.076, no dia 24 de fevereiro de 1932¹⁵ –, o Código Eleitoral Provisório –, por meio do qual finalmente foi reconhecido às mulheres o direito ao voto, em âmbito nacional¹⁶.

15 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 set. 2020.

16 Antes disso, em 25 de novembro de 1927, em Mossoró/RN, a professora Celina Guimarães Viana conseguiu o

No entanto, na ocasião, a conquista não poderia ainda ser considerada completa, posto que o voto feminino que se instituiu foi o facultativo – ao contrário do voto masculino, que era então obrigatório –, sendo que apenas com a Constituição de 1946 é que o voto das mulheres passou também a ser obrigatório, data em que se pode considerar que, pelo menos formalmente, os direitos políticos de homens e mulheres foram equiparados.

De qualquer forma, o dia 24 de fevereiro de 1932 marca a primeira grande vitória das mulheres brasileiras em sua secular luta por cidadania, o que se deu com um atraso de, no mínimo, 41 (quarenta e um) anos em relação aos homens, se considerado apenas o direito ao sufrágio em nível nacional, mas de longos 400 anos, se considerado o simples direito de participar da vida pública do país.

Afinal, se é verdade que foi a primeira Constituição da República, em 1891, que nacionalizou o sufrágio masculino, por outro lado, muito antes disso, desde os tempos da colonização, os homens – ainda que com restrições de renda, instrução ou raça – já participavam ativamente da política regional, enquanto as mulheres eram relegadas à marginalidade nos assuntos públicos e à sujeição exclusiva ao trabalho reprodutivo e doméstico não remunerado.

Nesse sentido, importa lembrar que as primeiras eleições no Brasil ocorreram já em 1532, para eleger o Conselho Municipal de São Vicente, em São Paulo, a primeira vila

fundada na colônia portuguesa. À época, apenas os homens brancos, livres e de posses é que puderam votar e ser votados, o que não foi muito diferente nas demais eleições que ocorreram ao longo dos séculos e nas diversas regiões do país, em âmbito municipal e local. A Constituição de 1891, portanto, para o gênero masculino, representou apenas a data da federalização de um direito que já lhe era exclusivo desde sempre.

Sendo assim, não é exagero afirmar que o dia 24 de fevereiro de 1932 foi a data em que as mulheres brasileiras romperam finalmente com 400 (quatrocentos) anos de subcidadania e marginalização política – ao menos sob o ponto de vista formal. Por outro lado, deve-se ponderar que tal conquista não foi suficiente para garantir às mulheres, de fato, a participação política paritária e ativa na condução do país.

Vale lembrar que, após a conquista do direito ao voto, houve um período histórico de suspensão democrática que tirou das mulheres – e também dos homens – 21 (vinte e um) anos de prática cidadã. Se, em 1946, as mulheres conquistaram direitos políticos iguais aos homens – voto obrigatório e não facultativo –, em menos de 20 anos, já em 1964, veio a ditadura militar.

Ou seja, seria possível dizer que, nesse período pós-redemocratização e a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988, é que as mulheres passaram a exercer de fato, e com constância, os seus direitos políticos – votaram sequencialmente em oito eleições presidenciais. Um recorde para as mulheres brasileiras!

Inegável que a extensão do sufrágio já teve um grande impacto benéfico à democracia, ao incluir mais da metade da população nacional no jogo eleitoral, ampliando drasticamente a pluralidade e diversidade de partícipes na escolha dos agentes políticos. Porém, a conquista das mulheres brasileiras, lá no século passado, não foi apenas do direito ao voto, mas também do direito de serem

reconhecimento de seu direito ao voto por meio da Lei Estadual nº 660/1917. Um ano depois de Celina conseguir o título de primeira eleitora do Brasil, em 1928, foi a vez de Luíza Alzira Soriano Teixeira ser a primeira prefeita eleita no Brasil e na América Latina, na cidade de Lajes/RN. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imagens/fotos/professora-celina-guimaraes-vianna-primeira-eleitora-do-brasil>; e: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Marco/semana-da-mulher-primeira-prefeita-eleita-no-brasil-foi-a-potiguar-alzira-solano>. Acesso em: 14 set. 2020.

votadas. E esse direito não parece estar sendo concretizado de forma adequada.

Para que as mulheres possam dar o próximo passo rumo à igualdade material, e ocupem o papel de representantes e não apenas de representadas nas esferas públicas de poder, leis específicas e políticas afirmativas, como as de cotas, parecem indispensáveis.

O número de mulheres que hoje, em pleno século XXI, se colocam como candidatas no processo eleitoral e que ocupam cargos no Executivo e Legislativo ainda é muito tímido, abissalmente desproporcional ao número de brasileiras aptas a votar, que já representam 52,5%¹⁷, maioria do eleitorado nacional.

Infelizmente, quando se analisa a secular cultura machista e patriarcal, que ainda impera na sociedade brasileira, conclui-se que não será somente com a simples concessão jurídico-formal de iguais direitos para as mulheres que as correlações de forças que monopolizam o poder político e econômico do país serão equilibradas.

A Constituição de 1988, além de estipular o sufrágio universal e o voto direto e secreto com valor igual para todos (art. 14, *caput*, da CF), consagrou a igualdade formal de gêneros para participação política em diversos de seus dispositivos expressos, como quando trata do direito à dignidade (art. 1º, III, da CF), do princípio democrático (art. 1º, II, V e parágrafo único, da CF) e do próprio direito à igualdade (art. 5º, *caput*, da CF).

Entretanto, como já exposto anteriormente, a simples extensão do sufrágio ou a eliminação de limitações que por séculos excluíram as mulheres dos espaços de poder não são suficientes para reequilibrar as

correlações de forças e realocar as mulheres em uma posição política de pertencimento e liderança.

Nessa esteira, desde o compromisso com a Plataforma de Ação de Pequim, em 1995, o Brasil começou a implementar, gradativamente, algumas políticas afirmativas para o fomento da participação feminina na política, com legislações específicas – apesar de muito tímidas perto das reais necessidades conjunturais. É o que será apresentado a seguir.

3.2 Evolução da legislação de cotas de gênero para o parlamento no Brasil

A Lei nº 9.100/1995 foi a primeira a introduzir cotas eleitorais no Brasil, mas era restrita às eleições municipais que ocorreriam em 3 de outubro de 1996.

No entanto, ao mesmo tempo em que referida lei estabeleceu, em seu artigo 11, § 3º, que 20% (vinte por cento), no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres, no *caput* do mesmo artigo ficou disposto que cada partido ou coligação poderia registrar candidatos até 120% (cento e vinte por cento) do número de lugares a preencher. O percentual anterior era de 100%, ou seja, os homens não perderam espaço para as candidaturas femininas.

Em 30 de setembro de 1997, adveio a Lei nº 9.504/1997, instituindo definitivamente as cotas de gênero em nível nacional, com reserva de um percentual mínimo de candidaturas para o Legislativo, como se observa no artigo 10, *caput* e § 3º, *in verbis*:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher [...].

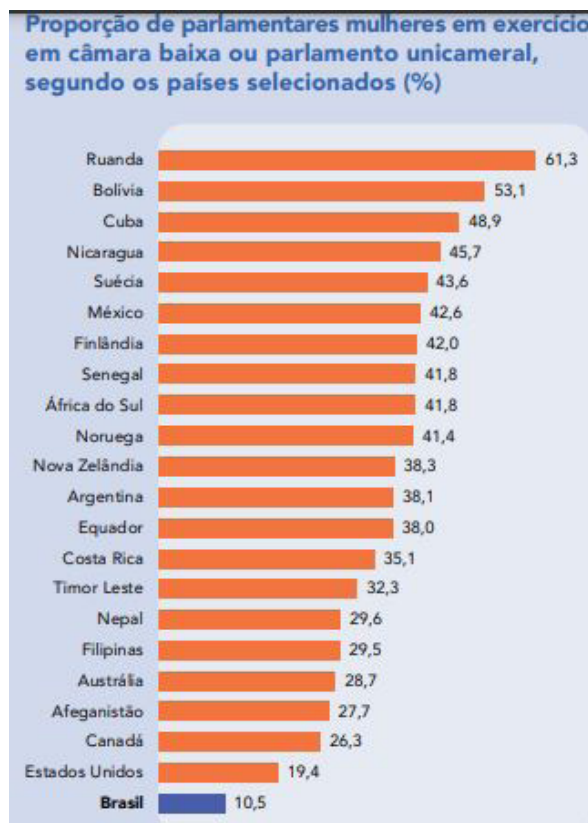
§ 3º. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada

¹⁷ Dados do eleitorado fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, referente ao período de julho de 2020. (TSE. *Estatísticas do eleitorado* – por sexo e faixa etária. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 17 ago. 2020.)

partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

(Redação original)

Descartando a nomenclatura anterior de reserva de vagas específicas para candidaturas femininas, o legislador optou estipular percentuais mínimos e máximos para candidaturas de cada sexo, o que não deixa de ser uma tentativa malfadada de negar a realidade brasileira: ora, é a mulher que sofre discriminação de gênero e é historicamente excluída dos espaços de poder, de modo que a posição inversa, de necessidade real de reserva de vagas mínimas para homens, está muito longe de acontecer.



Fonte: www.biblioteca.ibge.gov.br

Em suma, a Lei nº 9.504/1997 definiu como política de cotas a reserva de vagas, ainda sem obrigar os partidos a preencherem

efetivamente as vagas com candidatas mulheres, mas apenas obrigando-os a reservá-las às mulheres, em um percentual de 30% (trinta por cento). Bastava, portanto, apenas que as vagas que seriam destinadas às mulheres não fossem preenchidas por homens, sem prejuízo de também não serem preenchidas por mulheres, isto é, de ficarem vagas.

Em 2009, com a minirreforma eleitoral, tais discrepâncias foram corrigidas e os partidos e coligações foram obrigados efetivamente a preencher os 30% das vagas em eleições proporcionais com candidatos de um dos sexos, o que significa dizer, com candidatas mulheres. A opção de apenas reservar vagas ou deixar vagas vazias finalmente foi descartada e os partidos que não preenchessem o percentual mínimo de mulheres passaram a ter que retirar candidaturas masculinas, até conseguir compor o percentual legal.

É o que se observa pela nova redação dada ao § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.504/1997, pela Lei nº 12.034/2009:

[...] Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Ainda dentro da perspectiva de combater à desigualdade de gênero, a Lei nº 12.034/2009, conhecida como lei da minirreforma eleitoral, alterou dispositivos da Lei nº 9.096/1995, a Lei dos Partidos Políticos, para implementar políticas afirmativas para as mulheres, tais como: (i) a obrigatoriedade dos partidos políticos aplicarem os recursos oriundos do Fundo Partidário na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual a ser fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total (art. 44, V); e (ii) a obrigatoriedade da propaganda partidária gratuita promover e difundir a

participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) (art. 45, IV – posteriormente revogado com a extinção da propaganda partidária, pela Lei nº 13.487/2017).

Tais dispositivos da Lei dos Partidos Políticos foram alterados novamente com a Reforma Eleitoral de 2015, expressa na Lei nº 13.165/2015, ainda com vistas a fomentar a participação feminina dentro das instâncias partidárias e na sociedade:

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

[...]

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;

[...]

§ 5º. O partido político que não cumprir o disposto no inciso V do *caput* deverá transferir o saldo para conta específica, sendo vedada sua aplicação para finalidade diversa, de modo que o saldo remanescente deverá ser aplicado dentro do exercício financeiro subsequente, sob pena de acréscimo de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento) do valor previsto no inciso V do *caput*, a ser aplicado na mesma finalidade.

[...]

§ 7º. A critério da secretaria da mulher ou, inexistindo a secretaria, a critério da fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, os recursos a que se refere o inciso V do *caput* poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancá-

rias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido, não se aplicando, neste caso, o disposto no § 5º.

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

[...]

IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49.

A principal contribuição da Reforma Eleitoral, porém, veio expressa no artigo 9º da Lei nº 13.165/2015, *in verbis*:

Art. 9º. Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

O dispositivo acima transcrito estabeleceu que, nas três eleições que se seguissem à publicação da Lei nº 13.165/2015 (ou seja, nas eleições de 2016, 2018 e 2020), os partidos deveriam reservar, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluída nesse valor a parcela do Fundo Partidário relativa à criação e

manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, prevista na Lei nº 9.096/1995 (art. 44, § 7º).

3.3 A intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas afirmativas para as eleições de 2018

Em 15 de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a ADI 5.617, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, para:

i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”, contida no art. 9º da Lei 13.165/2015, eliminando o limite temporal até agora fixado; ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/1995.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal eliminou o limite temporal restrito a três eleições e estipulou a proporcionalidade de investimento dos recursos do fundo partidário ao número de candidaturas femininas.

Guardando simetria com a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 22 de maio de 2018, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em resposta a uma consulta pública apresentada por 14 parlamentares (Consulta

nº 0600252-18.2018.6.00.0000 Brasília/DF)¹⁸, decidiu que os partidos políticos deverão reservar também pelo menos 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)¹⁹ para financiar candidaturas femininas, devendo ainda o mesmo percentual ser considerado em relação ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV. E mais: referida correspondência proporcional deverá ser respeitada também na hipótese de percentual de candidaturas femininas superior ao mínimo de 30%, com a devida correspondência entre o valor destinado às campanhas femininas, o tempo de propaganda eleitoral e o número de candidatas.

Portanto, após as suprarreferidas decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, que ampliaram o alcance da tímida legislação afirmativa existente, as eleições gerais de 2018 foram as primeiras eleições no Brasil em que, além da obrigatoriedade de se preencher o mínimo de 30% das vagas com candidaturas femininas, os partidos políticos foram também obrigados a destinar às candidatas recursos mínimos na mesma proporção e o espaço correspondente em sua propaganda eleitoral.

Trata-se de um grande avanço, tendo em vista que a tradição patriarcal está ainda muito arraigada nos próprios partidos políticos, com baixa densidade de debate e participação feminina em suas instâncias internas.

18 Voto da Relatora, ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-rosa-weber-consulta-publica.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.

19 Introduzido pela reforma política que ocorreu em 2017, por meio da Lei nº 13.488/2017, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) surgiu para compensar a proibição de doações de pessoas jurídicas, instituindo assim uma espécie de financiamento público das campanhas, custeado em parte por emendas das bancadas ao orçamento e em parte pela economia gerada com o fim da propaganda partidária obrigatória fora do período eleitoral.

Em verdade, apesar de as leis de cotas revelarem uma estratégia bem-sucedida para incrementar a presença das mulheres nos parlamentos, sua eficácia ainda depende da dinâmica dos partidos, que atuam como filtros nos processos eleitorais, como já havia sido apontado no estudo intitulado “El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe²⁰”, na já citada X Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, ocorrida em Quito, em 2007, há mais de 10 anos, portanto:

[...] Durante os foros virtuais de que participaram as autoridades dos mecanismos nacionais de promoção do progresso da mulher, realizados no começo de 2007, em preparação para a Décima Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, as participantes foram coincidentes em apontar os partidos políticos como as forças mais reticentes ao ingresso das mulheres nos parlamentos. O acesso diferenciado aos recursos econômicos para as campanhas — ou seja, ao financiamento pelo empresariado — costuma beneficiar mais os homens cuja rede de capital social está mais desenvolvida, em virtude da natureza mais poderosa e da frequência dos elos masculinos no mundo público. (tradução livre)

Antes das eleições de 2018, apesar da obrigatoriedade legal dos partidos apresentarem pelo menos 30% de candidaturas de um dos sexos, era comum o preenchimento dessas vagas com candidatas “laranjas”, ou seja, mulheres que não eram candidatas de fato, que sequer faziam campanha ou movimentavam recursos, e que não raro eram remuneradas para representar esse papel.

20 CEPAL. *El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe*. Quito, 2007. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2855/1/S3282007_es.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

Da mesma forma, era comum que as mulheres candidatas de fato, que tinham interesse real em ser representantes eleitas pelo povo para ocupar a esfera pública de poder, fossem boicotadas com a falta de recursos e de visibilidade, em partidos com direções predominantemente masculinas e machistas.

Assim, quando se fala em cotas de gênero para inclusão feminina na política, é preciso pensar além do registro de candidaturas, mas no período posterior a esse registro: nos recursos a que as mulheres terão acesso para se viabilizar como candidatas e participar do pleito eleitoral até o fim, seja sob o aspecto financeiro, seja sob o aspecto publicitário, o que passa pela necessidade de uma democratização dentro da própria organização interna do partido e do fomento à formação de uma massa crítica voltada para a perspectiva de gênero.

Sobre a obrigatoriedade de democratização paritária das instâncias partidárias, já se manifestou o Tribunal Superior Eleitoral:

[...] A autonomia partidária contida no § 1º do art. 17 da CF/88 não significa soberania para desrespeitar, direta ou indiretamente, valores e princípios constitucionais: é imperativo que agremiações observem a cota de gênero não somente em registro de candidaturas, mas também na propaganda e assegurando às mulheres todos os meios de suporte em âmbito intra ou extrapartidário, sob pena de se manter histórico e indesejável privilégio patriarcal e, assim, reforçar a nefasta segregação predominante na vida político-partidária brasileira.

(Representação nº 32255, Relator Ministro Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin, DJE 17/03/2017, p. 135-136).

No mais, é tão real a afirmativa de que a adoção isolada do sistema de cotas para o registro de candidaturas não é suficiente para combater eficazmente a desigualdade

de gênero na política, que, mais de vinte anos após a implementação da primeira legislação de cotas no país, ainda assim, não se conseguiu chegar nem perto da média mundial de participação feminina na política.

3.4 Os impactos das novas políticas de cotas após as eleições de 2018

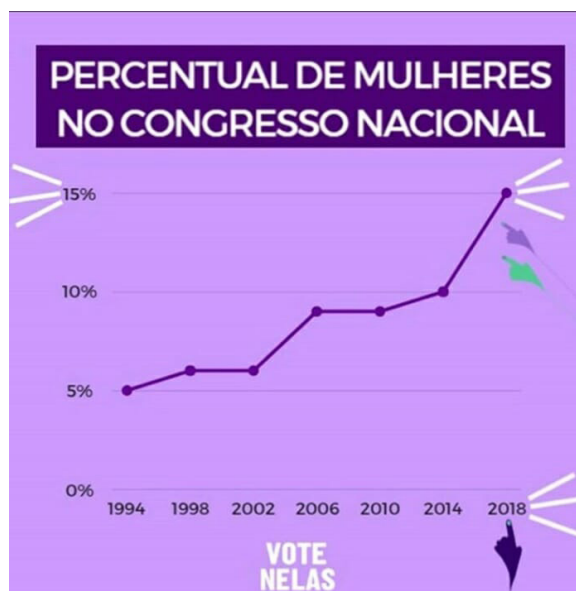
Consoante já citado anteriormente, uma pesquisa²¹, publicada em março de 2017, pela ONU Mulheres, em parceria com União Interparlamentar (UIP), traz um panorama um pouco mais detalhado sobre a participação política das mulheres no mundo e serve aqui também como parâmetro.

De acordo com essa pesquisa, em 2017, com apenas uma ministra, o Brasil ficou na 167ª posição no *ranking* mundial de participação de mulheres no Executivo, entre os 193 (cento e noventa e três) países analisados.

Em relação ao *ranking* da participação no Congresso, o país ficou na 154ª posição, com 55 (cinquenta e cinco) das 513 (quinhentas e treze) cadeiras da Câmara dos Deputados ocupadas por mulheres, e 12 (doze) dos 81 (oitenta e um) assentos do Senado preenchidos por representantes femininas.

Considerados tais dados, o resultado²² das eleições gerais de 2018 acena para uma tímida melhora na democracia brasileira, sob o aspecto da diminuição da desigualdade de gênero, muito provavelmente como um reflexo já imediato dos repasses obrigatórios de recursos para as campanhas femininas e das cotas de gênero que garantiram também acesso mínimo à propaganda eleitoral gratuita.

Foram eleitas 77 (setenta e sete) deputadas federais, um aumento de 51% em relação às 51 (cinquenta e uma) deputadas eleitas em 2014. Isso quer dizer que a Câmara dos Deputados passou a ter 15% de mulheres em sua nova composição, contra 10% na composição anterior. No entanto, Maranhão, Sergipe e Amazonas não elegeram nenhuma mulher deputada federal.



Fonte: www.hypeness.com.br

No Senado, que nas últimas eleições foi renovado em dois terços de seus assentos, foram eleitas 7 (sete) mulheres, que, somadas à bancada que não se renovou, passaram a representar 12 (doze) de um total de 81 (oitenta e uma) cadeiras – um número que se mantém estável comparado à configuração anterior. Ou seja, nada mudou.

Nas Assembleias Legislativas dos Estados, foram eleitas 161 (cento e sessenta e uma) deputadas, representando 15% dos deputados estaduais eleitos, o que significa um aumento de 35% em relação a 2014.

Porém, no Mato Grosso do Sul, dos 24 (vinte e quatro) deputados estaduais eleitos, não houve nenhuma mulher. Em Goiás, com 41 (quarenta e um) deputados estaduais eleitos, apenas duas foram mulheres. Rondônia

21 ONU. *UN reports slow women's political parity; launches latest "women in politics" map*, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2017/03/553332-un-reports-slow-womens-political-parity-launches-latest-women-politics-map#.WMrtAm8rKiO>. Acesso em: 18 fev. 2019.

22 Informações disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral: <http://www.tse.jus.br/>.

e Paraná também não conseguiram alcançar sequer 10% de deputadas estaduais eleitas.

Apesar de algumas discrepâncias nos Estados, o balanço geral é de um aumento em 5% no percentual de participação feminina no parlamento, o que pode significar que a política de cotas de gênero passou a ter real aplicabilidade apenas nas Eleições de 2018, quando somadas a outras políticas que não apenas a reserva de vagas.

Existem outras medidas que poderiam acelerar consideravelmente o processo de democratização paritária no sistema político-partidário brasileiro, como, por exemplo, aliado às cotas para candidatura de mulheres, como já ocorre atualmente, que se introduzisse também uma reserva de vagas (assentos) a serem preenchidas exclusivamente por mulheres no próprio parlamento.

Ou, ainda, que se avançasse mais no objetivo de democracia paritária já acordado nos documentos internacionais com os quais o Brasil se comprometeu, no sentido de pelo menos reservar 50% das candidaturas às mulheres.

Afinal, considerando a população mundial e brasileira que já é maioria feminina, não é possível que um Estado se considere verdadeiramente democrático nem com 30%, muito menos com menos de 15% de representação política feminina, como é o caso do Brasil.

4 Considerações finais

A dificuldade de participação da mulher na política, mesmo representando a maioria da população, obviamente decorre de uma carga histórica de discriminação e exclusão que se reflete em todos os outros setores, principalmente se considerado o contexto do Brasil, um país de origem colonial, escravocrata e fundamentalmente religioso, que ainda sofre com tradições oligárquicas incutidas nos principais meios de produção, na mídia e nas mais diversas esferas de poder.

Por outro lado, inegável que, com as mulheres conquistando cada vez mais direitos, quebrando tabus e buscando disputar igualitariamente o mercado de trabalho, os homens, gênero até então dominante, ainda têm uma forte resistência em sua aceitação, muito permeada pelo medo e um tanto pela ignorância, mas eminentemente pelo conforto da posição conquistada.

Não é para menos. Afinal, quando de fato incluída no mercado de trabalho, a mulher se torna um elemento verdadeiramente competitivo e indispensável. Tanto é assim, que os lares brasileiros estão gradativamente passando a ser chefiados por mulheres: em 1995, 23% dos domicílios tinham mulheres como pessoas de referência; vinte anos depois, esse número chegou a 40%²³.

Entretanto, as mulheres ainda ganham em média menos do que os homens, mesmo tendo mais tempo de estudo e qualificação. Segundo informações extraídas do estudo “Estatísticas de gênero”, divulgado em março de 2018 pelo IBGE²⁴, as mulheres trabalham, em média, três horas por semana a mais do

23 Dados destacados no estudo “Retrato das desigualdades de gênero e raça” com base em séries históricas de 1995 a 2015 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do IBGE. (ONU/IPEA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>. Acesso em: 18 fev. 2019.)

24 Referida pesquisa intitulada “Estatísticas de gênero - indicadores sociais das mulheres no Brasil”, seguiu todos os *standards* internacionais do conjunto mínimo de indicadores de gênero - CMIG (*minimum set of gender indicators* - MSGI) estipulado pela Comissão de Estatística das Nações Unidas (*United Nations Statistical Commission*), somando-se aos esforços de sistematização de informações destinadas à produção nacional e à harmonização internacional de estatísticas de países e regiões relativamente à igualdade de gênero e ao empoderamento feminino. (IBGE. *Estatísticas de gênero*; indicadores sociais das mulheres no Brasil. IBGE: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

que os homens, combinando trabalhos remunerados, afazeres domésticos e cuidados de pessoas, e, mesmo assim, e ainda contando com um nível educacional mais alto, elas ganhavam, em média, 76,5% do rendimento dos homens.

Para piorar a situação, de acordo com dados compilados para a Agência Brasil pela Quero Bolsa, plataforma de bolsas e vagas para o ensino superior, com base nos dados do cadastro geral de empregados e desempregados (CAGED):

[...] após sete anos de quedas consecutivas, em 2019, houve um aumento da diferença dos salários de mulheres e homens de 9,2% em relação a 2018²⁵.

Ainda conforme a Agência Brasil, referida pesquisa aponta que:

[...] apesar de a maioria das carreiras pagarem salários menores às mulheres, elas são 57% do total de estudantes no ensino superior. São também maioria na iniciação científica, representando 59,71% do total dos pesquisadores. Na pós-graduação, 54% do total de estudantes são mulheres²⁶.

Ou seja, as mulheres estudam mais, se dedicam mais, trabalham mais, e recebem menos.

A insistência nessa cultura oligárquica e preconceituosa, porém, além de ser um óbice ao desenvolvimento democrático e um ataque aos direitos humanos, gera também um prejuízo de ordem econômica para o qual talvez poucos tenham se atentado.

25 TOKARNIA, Mariana. Após sete anos em queda, diferença salarial de homens e mulheres aumenta. *Agência Brasil*, 08 mar. 2020. Disponível em: <https://agencia-brasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-03/apos-7-anos-em-queda-diferenca-salarial-de-homens-e-mulheres>. Acesso em: 18 mar. 2020.

26 *Ibidem*.

É fato inconteste que a participação das mulheres no mercado de trabalho representa uma força por trás do crescimento global e da competitividade. No caso do Brasil, sabe-se que a diminuição em 25% das diferenças de gênero no mercado de trabalho até 2025 poderia aumentar o PIB em até 382 bilhões de reais, e acrescentar até 131 bilhões de reais às receitas tributárias²⁷, conforme o estudo “Perspectivas sociais e de emprego no mundo – tendências para mulheres 2017”²⁸, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O combate a todas as formas de desigualdade, inclusive a desigualdade de gênero, portanto, não se trata de uma agenda de caráter exclusivamente humanitário, mas deve ser priorizado também por sua relevante vantagem econômica e como fator diferencial para o desenvolvimento nacional.

Não é por menos que a diminuição da desigualdade na taxa de presença das mulheres no mundo do trabalho se tornou um compromisso assumido pelos países que compõem o G20, em cumprimento inclusive aos mais recentes acordos internacionais comprometidos com o direito ao desenvolvimento.

Se o Brasil quiser evoluir economicamente e se tornar verdadeiramente competitivo nas relações exteriores, vai precisar acompanhar o mundo nessa visão das relações sociais, investindo em políticas afirmativas para combater as desigualdades e

27 Esses dados foram extraídos do site da OIT, com um resumo dos dados do Brasil, anexo ao relatório completo “Perspectivas sociais e de emprego no mundo: tendências para mulheres 2017”. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_558014.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

28 OIT. *World employment and social outlook: trends for women 2017*. Disponível em: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2017/WCMS_557245/lang-pt/index.htm. Acesso em: 18 mar. 2020.

repudiando de forma contundente qualquer forma de discriminação.

A Constituição Federal brasileira de 1988 contém um arcabouço principiológico bastante consistente no combate à discriminação de gênero, como se pode extrair de seu artigo 5º, I, que assegura a igualdade entre homens e mulheres, e de seu artigo 7º, XXX, que proíbe a discriminação no mercado de trabalho em função do sexo. O que falta é dar concretude, fortalecer os princípios que já estão no texto constitucional, com a produção de leis afirmativas eficazes na redução das desigualdades entre os gêneros.

Em verdade, cabe ao Estado, cabe ao Poder Judiciário, cabe ao aplicador da lei, cabe muito ao Poder Legislativo, mas cabe principalmente ao povo brasileiro cumprir esse papel. Com o poder do voto, que hoje pertence majoritariamente às próprias mulheres, é possível aumentar a representação feminina no parlamento e nos cargos executivos, e com isso garantir a diversidade e a democracia na produção de leis e na condução deste país, incluindo aí a redução das desigualdades em todas as esferas sociais.

As cotas de gênero para participação feminina na política e quaisquer políticas afirmativas que caminhem nesse sentido do reconhecimento e redistribuição constituem apenas um passo importante para se chegar ao objetivo final, que é a democratização paritária e, principalmente, a dissipação dos pre-

conceitos relacionados ao gênero, não apenas nas esferas públicas de poder, mas também nas relações familiares, sociais, econômicas, religiosas e culturais.

O fim último é o aprofundamento da democracia paritária, mas dentro de uma concepção de igualdade real, o que só poderá ser conquistado com o desenvolvimento de políticas públicas que cada vez mais contemplem e priorizem as especialidades dentro do próprio segmento do gênero feminino, daí entendendo-se que mesmo as mulheres podem ter privilégios históricos e divisões entre si que não podem ser ignorados. Ademais dos recortes regionais e econômicos, há que se considerar a priorização na proteção das mulheres negras, das mulheres indígenas, das mulheres refugiadas, das mulheres com deficiência, das mulheres homossexuais e das mulheres transexuais.

Uma abordagem interseccional, que contemple gênero, sexo e raça, não deve passar despercebida, na medida em que, reconhecendo-se tanto as diferenças entre as mulheres como as diferenças entre mulheres e homens, será possível estudar e aplicar meios eficazes de eliminação das desigualdades, respeitada a diversidade e as identidades, abrindo-se assim a esfera pública de debate a toda uma pluralidade de pensamentos e modos de vida que habitam o mundo contemporâneo, sempre com o objetivo de promover a inclusão e a democracia.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CABANILLAS, Beatriz Llanos. A modo de introducción: caminos recorridos por la paridad en el mundo. In: CABANILLAS, Beatriz Llanos (Ed.). *La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina*. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica. Perú: IDEA Internacional/CIM Comisión Interamericana de Mujeres, 2013, p. 17-46.

CEPAL. *Consenso de Brasília*. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/spm-divulga-boletim-da-xi-conferencia/?searchterm=consenso>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CEPAL. *Consenso de Quito*. Disponível em: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensodequito_o.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

CEPAL. *El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe*. Quito, 2007. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2855/1/S3282007-es.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

FABRE-GOYARD, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Trad. Julio Assis Simões. Cadernos de Campo, São Paulo, n. 14-15, 2006, p. 231-239.

IBGE. *Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. IBGE: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 17 fev. 2019.

IPU. *Global and regional averages of women in national parliaments*. Disponível em: https://data.ipu.org/women-averages?month=3&year=2020&op=Show+averages&form_build_id=form-HZl4AAZTGZ1v6j7eO8wwNMpZuoHOUtfviJGh7WXk39M&form_id=ipu__women_averages_filter_form. Acesso em: 17 ago. 2020.

IPU. *Monthly ranking of women in national parliaments*. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=3&year=2020>. Acesso em: 18 mar. 2020.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: *Collected Papers of John Stuart Mill*. Toronto: University of Toronto Press; London: Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982].

OIT. *World employment and social outlook: trends for women 2017*. Disponível em: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2017/WCMS_557245/lang-pt/index.htm. Acesso em: 18 mar. 2020.

ONU. *Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher*: Pequim 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019.

ONU. *Declaração e programa de ação de Viena (1993)*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019.

ONU. *UN reports slow women's political parity; launches latest "women in politics" map*, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2017/03/553332-un-reports-slow-womens-political-parity-launches-latest-women-politics-map#.WMrtAm8rKiO>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ONU/IPEA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25-68.

TOKARNIA, Mariana. Após sete anos em queda, diferença salarial de homens e mulheres aumenta. *Agência Brasil*, 08 mar. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-03/apos-7-anos-em-queda-diferenca-salarial-de-homens-e-mulheres>. Acesso em: 18 mar. 2020.

TSE. *Estatísticas do eleitorado* – por sexo e faixa etária. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 17 ago. 2020.

A tipicidade formal e material dos atos de improbidade administrativa: uma análise sob as perspectivas doutrinária e jurisprudencial



Gabriel Silva Costa

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mediador penal formado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP-SP). Oficial de Gabinete da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo.

RESUMO: O artigo tem por escopo analisar a possibilidade de aplicação de construções dogmáticas acerca da tipicidade formal e material ao âmbito da improbidade administrativa, traçando paralelos entre o sistema penal e administrativo sancionador, bem como observando algumas ressonâncias na doutrina e jurisprudência brasileiras. Após retomar os conceitos de tipo, tipificação e tipicidade, bem como defender sua aplicabilidade à seara da Lei nº 8.429/1992, o estudo aponta, sob a perspectiva da tipicidade formal, alguns problemas de taxatividade na descrição das condutas ímprobas e a relevância da previsão estrita das sanções aplicáveis. Por fim, sustenta como necessária a apreciação do aspecto material dos atos de improbidade administrativa, sendo indispensável à configuração do ilícito a violação significativa aos bens e valores protegidos pela Lei nº 8.429/1992, sob pena de desvirtuamento de seu sistema sancionatório, destacando, porém, a necessidade de adoção de critérios estáveis para a aplicação do princípio da insignificância.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Tipicidade formal. Taxatividade. Tipicidade material. Insignificância.

ABSTRACT: The article aims to analyze the possibility of applying dogmatic constructions about formal and material typicality to the scope of administrative improbity, drawing parallels between the sanctioning penal and administrative system, as well as observing some resonances in Brazilian doctrine and jurisprudence. After retaking the concepts of type, typification and typicality, as well as defending its applicability to the area of Act nº 8.429/1992, the study

points out, from the perspective of formal typicality, some problems of taxativity in the description of misconduct and the relevance of strict prediction of applicable sanctions. Finally, it is defended as necessary the appreciation of the material aspect of acts of administrative improbity, being indispensable to the configuration of the illicit significant violation to the assets and values protected by Act nº 8.429/1992, under penalty of distortion of its sanctioning system, however, highlighting the need for the adoption of stable criteria for the application of the principle of insignificance.

KEYWORDS: Administrative improbity. Formal typicality. Taxativity. Material typicality. Insignificance.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tipo e tipicidade como garantias individuais. 2.1 Algumas considerações em Direito Penal. 2.2 Aplicabilidade ao campo da improbidade administrativa. 3 Tipicidade formal. 3.1 A tipificação dos atos de improbidade administrativa. 3.2 A previsão estrita das sanções por atos de improbidade administrativa. 4 Tipicidade material. 4.1 Ofensividade como limite material ao poder sancionatório. 4.2 Princípio da insignificância. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova forma de sancionamento das condutas ilícitas praticadas em detrimento da Administração Pública.

De fato, muito embora se possa verificar, em datas pretéritas, a repreensão de condutas que se desviassem da probidade exigida aos agentes públicos¹, foi no aludido texto que essa questão ganhou *status* constitucional², representando valores que a partir daí se irradiaram para outros ramos do Direito, sob o esteio do princípio republicano³.

No entanto, foi somente com a edição da Lei nº 8.429/1992⁴ que se materializou, em sede legislativa, a previsão específica dos atos considerados ímprobos, bem como das sanções aplicáveis a depender do tipo de conduta desenvolvida pelo agente.

Assim, considerando essas previsões, este artigo busca analisar como o conceito de tipicidade, em suas vertentes formal e material, se expressa no campo da improbidade administrativa, com destaque para o reflexo desse constructo na doutrina e jurisprudências brasileiras.

Para tanto, serão traçados alguns paralelos entre os sistemas do Direito Penal e da

1 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 273-275.

2 Conforme expressado no artigo 37, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal.

3 BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 314-315. Segundo os autores, “cuida-se de texto

normativo que buscou reforçar, no pensamento da coletividade brasileira, a convicção de que o combate à corrupção, a prevenção de toda sorte de ilicitudes perpetradas contra o Poder Público e a consequente atuação responsável dos gestores (voltada, precipuamente, ao interesse público primário) passam, necessariamente, pelo respeito aos princípios regedores da Administração Pública” (*Ibidem*, p. 320-321).

4 A Lei nº 8.429/1992 é igualmente conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual as duas expressões serão utilizadas indistintamente ao longo deste artigo.

improbidade administrativa, ambos integrantes de um macrossistema sancionatório geral.

2 Tipo e tipicidade como garantias individuais

Antes de abordar o objeto deste estudo, oportuno anotar que as expressões *tipo*, *típico* e *tipicidade* não se restringem ao domínio do Direito Penal. Pode-se empregar, por exemplo, o termo *tipicidade* no âmbito do Direito Tributário, “a significar que a lei deve conter todos os elementos configuradores do fato cuja ocorrência é idônea a deflagrar a obrigação de pagar tributo”⁵; no Direito Civil, ao abordar a possibilidade de contratos típicos e atípicos⁶; no Direito Administrativo, ao referir a *tipicidade* como atributo dos atos administrativos unilaterais, “que devem corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados”⁷, dentre outros.

Entretanto, será no campo do Direito Penal que esses conceitos atingirão uma dimensão fundamental e inescapável sob a perspectiva sancionatória, razão pela qual se mostra adequado buscar nessa fonte alguns possíveis contributos ao Direito Administrativo sancionador, aqui enfocado na perspectiva da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Assim, com esse objetivo manifesto, serão revisitadas algumas construções características do Direito Penal e observado como podem oferecer interessantes paradigmas à análise dos atos de improbidade administrativa, sobretudo almejando sua aplicação

justa e equilibrada, nos limites de um Estado Democrático de Direito.

2.1 Algumas considerações em Direito Penal

Tendo em vista que formarão o substrato das apreciações que se pretende realizar ao longo deste artigo, essencial uma melhor delimitação das noções de *tipo*, *tipicidade* e *tipificação*, valendo-se, para tanto, das construções formuladas pela doutrina criminal.

Dessa forma, iniciando pelo conceito de *tipo*, DOTTI o afirma como sendo a “descrição do comportamento proibido, compreendendo as características objetivas e subjetivas do fato punível”⁸. Em outras palavras, *tipo* corresponde à moldura abstrata que permitirá verificar quais condutas são ou não reprimidas pela legislação mediante a aplicação de uma sanção penal.

Trata-se, conforme ZAFFARONI e PIERANGELI, de “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)”⁹. O *tipo* atua, nesse sentido, para a concretização do ideal de segurança jurídica que o princípio da legalidade busca fornecer. De forma que, “para que uma ação ou omissão constituam delito, devem estar compreendidas num tipo de injusto do Código Penal ou de uma lei penal especial. Essa necessidade [...] implica a função de garantia do tipo”¹⁰.

5 COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 419-424.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244-245.

8 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 410.

9 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 389.

10 PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 284.

SALVADOR NETTO enfatiza, nesse sentido, que a função primordial do *tipo* é a “garantia da efetividade do princípio da legalidade”, consubstanciando “uma ferramenta dogmática a serviço da legalidade penal”¹¹. Não deixa de apontar, entretanto, outras funções dele decorrentes como a *de comunicação* – ao permitir que todos os cidadãos conheçam os comportamentos defesos ou exigidos pela norma, em suma, as “pautas comportamentais exigíveis sob ameaça de pena” –, a *dogmática* – referente aos seus reflexos na teoria do delito, de modo que, se a atipicidade conduz à irrelevância penal do comportamento, a tipicidade mostra-se aspecto fundamental da estrutura do crime, tanto que sua ausência o elimina, dispensando maiores perquirições acerca dos fatos apresentados – e a *sistemática ou de ordenação* – permitindo o agrupamento das infrações penais por categorias relativas aos bens jurídicos tutelados (crimes contra a vida, contra a Administração Pública, entre outros), fornecendo uma disposição racional à codificação¹².

11 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010, p. 220.

12 *Ibidem*, p. 220-221. De modo semelhante, CONDE e ARÁN afirmam que o tipo penal possui uma tripla função: i) seletora dos comportamentos humanos que serão considerados penalmente relevantes; ii) de garantia, pois apenas aqueles comportamentos que se enquadram nas previsões legislativas poderão ser sancionados pelo Direito Penal; e iii) “motivadora geral”, na medida em que ao descrever os comportamentos proibidos por meio do tipo penal e a respectiva cominação sancionatória, o legislador espera que os cidadãos se abstenham de praticá-los (CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal* – parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 252). BITENCOURT, por sua vez, acrescenta a função indiciária, dado que “a realização do tipo já antecipa que, provavelmente, também há uma infringência do Direito” (antijuridicidade) (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 275).

Essas funções decorrem, como já afirmado, do princípio da legalidade cristalizado na Constituição Federal de 1988 – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, inciso XXXIX)¹³ – e na Convenção Americana de Direito Humanos – “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável” (art. 9º).

As disposições supramencionadas, ao indicarem a necessidade de previsão legislativa prévia das condutas delitivas, apontam, igualmente, para outro conceito relevante nessa matéria, o de *tipificação*, ou seja, de descrição precisa das ações penalmente relevantes, de forma que os indivíduos, destinatários finais das normas penais, possam identificar os comportamentos vedados pelo ordenamento.

Como observa PASCHOAL, o princípio da legalidade não se liga apenas à ideia de anterioridade, requerendo, outrossim, a taxatividade das condutas previstas pelo legislador penal, ou seja, que a hipótese normativa seja objetiva e clara, de forma que “o cidadão, ao ler a descrição do crime, tenha condições de compreender qual o comportamento proibido”¹⁴.

Esse parâmetro visa, fundamentalmente, coibir o arbítrio estatal, dado que previsões vagas ou genéricas permitiriam a integração da norma de acordo com as mais diversas

13 “O conceito de crime do art. 5º, XXXIX, da CF/88 envolve não só aquele fato como tal definido na lei penal, mas também as contravenções e as infrações disciplinares. Pena refere-se a toda e qualquer medida estatal caracterizável como reação a uma conduta culpável.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 589).

14 PASCHOAL, Janaína Conceição. Título I – Da aplicação da Lei Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 14.

conveniências, servindo inclusive para o fim de perseguir determinados grupos sociais ou de opositores¹⁵.

Nessa toada, costuma-se decompor o princípio da legalidade nas exigências de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*, que correspondem, respectivamente, à vedação à retroatividade da lei gravosa, ao uso do costume como fonte do Direito Penal, à analogia prejudicial ao acusado e à indeterminação da lei criminal¹⁶. Dentro do objeto deste estudo, a ênfase recai, especialmente, na última exigência, que tem por escopo a proteção do cidadão contra o arbítrio representado por leis indefinidas ou obscuras, “que favorecem interpretações judiciais idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição”¹⁷.

Essas construções culminam, enfim, no conceito de *tipicidade*, “a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”¹⁸. Ou ainda, “a adequação do fato ao tipo penal”, “o fenômeno representado pela confluência dos tipos concreto (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)”¹⁹.

O juízo de *tipicidade*, dessa forma, consiste na operação intelectual que conecta a infinidade de possíveis ocorrências fáticas e o modelo descrito no tipo legal, ou seja, verifica se o fato apurado apresenta todos os requisitos elencados na tipificação de forma a poder-se qualificá-lo como uma infração criminal²⁰.

Por fim, muito embora existam diversos aspectos relevantes na temática da *tipicidade* – como suas perspectivas objetiva e subjetiva²¹, ou mesmo a construção da *tipicidade conglobante*²² –, atendo-se aos fins deste artigo, será abordada tão somente a distinção fundamental entre tipicidade formal e material, que serão melhor explicitadas no próximo tópico, após consolidada a possibilidade de transposição desses conceitos ao campo de aplicação da Lei nº 8.429/1992.

2.2 Aplicabilidade ao campo da improbidade administrativa

Assentados os conceitos do item anterior, bem como a relevância da *tipicidade* como garantia no sistema criminal, resta

15 *Ibidem*, p. 14.

16 SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22-25.

17 *Ibidem*, p. 25.

18 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 275.

19 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179. Por sua vez, anotam CONDE e ARÁN que “[l]a tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*, al que ya antes aludíamos como el principio vinculante para el concepto jurídico formal de delito; pero también del principio de intervención mínima, por cuanto generalmente sólo se tipifican los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes” (CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal – parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 204). Tradução nos-

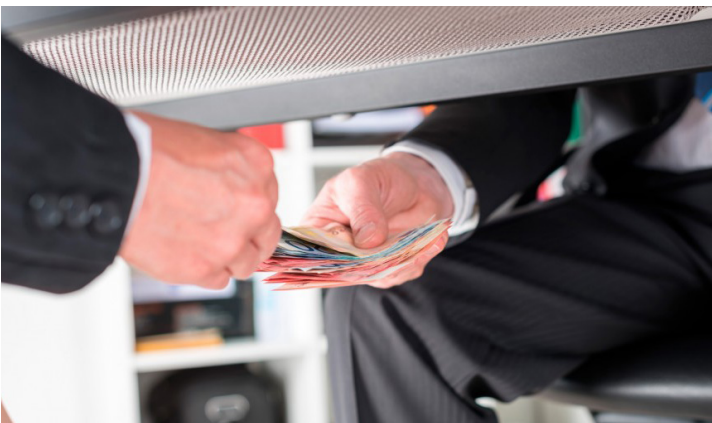
sa: “[A] tipicidade é uma consequência do princípio da legalidade, pois somente por meio da descrição das condutas proibidas nos tipos penais é cumprido o princípio *nullum crimen sine lege*, a que aludimos anteriormente como princípio vinculante para o conceito jurídico-formal de delito; mas também do princípio da intervenção mínima, uma vez que geralmente são tipificados apenas os ataques verdadeiramente graves aos bens jurídicos mais importantes”.

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 274.

21 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010, p. 223-225. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 280-294.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 393-394.

ponderar sobre sua aplicabilidade à seara da improbidade administrativa.



Fonte: www.capital-cdmx.org

Com efeito, inobstante a construção – decorrente do próprio texto constitucional – acerca da independência entre as esferas penal e administrativa²³, ocasionando a possibilidade de sistemas repressivos paralelos, mostra-se necessário considerar a existência de um arcabouço comum atinente a um sistema sancionatório geral, cujas regras e princípios remetem à Constituição Federal e se estendem a todos os ramos em que o Estado reprime condutas dos seus cidadãos.

Nesse sentido, HUNGRIA já apontava que “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico”, sendo a divisão realizada em ramos do Direito apenas convencional, sem o condão de interferir em sua “identidade substancial”, razão pela qual inexistiria uma distinção ontológica entre ilícito penal e administrativo²⁴.

Assim, propõe CUCINELLI a existência de um sistema único de direito sancionatório, no qual a comunicação dos princípios garantistas do Direito Penal ao âmbito da improbidade administrativa funcionaria como limitação ao poder punitivo²⁵.

Partindo dessa visão unitária, OLIVEIRA afirma como indispensável a “prévia cognoscibilidade da conduta proibida” e destaca que:

[...] qualquer parcela de *jus puniendi* estatal pressupõe, na lei, a descrição formal da conduta proibida e a fixação explícita da medida sancionatória, cuja imputação jurídica se perfaz uma vez que subsumidos os fatos à hipótese legal. Isto significa que o Estado de Direito abomina a idéia de ausência de previsibilidade no exercício de potestades sancionatórias, porque este vício é sinal seguro de arbitrariedade. Impõe-se, pois, não apenas a legalidade como sinônimo de autorização legal, mas tipicidade legal, no sentido exato de que a competência pública encontre na lei a categorização dos fatos e das sanções passíveis de serem infligidas aos infratores da norma jurídica²⁶.

Logo, da mesma forma que no Direito Penal, a *tipicidade*, como “princípio geral do regime punitivo estatal”, encontraria esteio no próprio princípio da legalidade, expressamente insculpido no artigo 5º, incisos II, XXXIX e LIV, e artigo 37, § 4º da Constituição Federal²⁷.

Na mesma senda, o posicionamento de BLANCHET e GABARDO:

23 Retome-se o artigo 37, §4º da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

24 HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. In: *Seleção histórica da Revista de Direito Administrativo*: 50 anos de Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 97.

25 CUCINELLI, Otávio Henrique Simão e. *Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa*. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2015, p. 102.

26 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 204.

27 *Ibidem*.

Trata-se de princípios constitucionais de um Direito sancionatório geral e que, portanto, devem se aplicar aos processos administrativos e também às ações de improbidade, porque essa é a perspectiva de um Estado de Direito; essa é a perspectiva de um Estado que reconhece direitos fundamentais que não podem sofrer uma interpretação restritiva. Daí a conclusão de que o princípio da tipicidade tem que ser aplicado ao Direito Administrativo, inclusive nos casos enquadráveis como de improbidade, tendo esse princípio uma dupla função: uma de instituir previsibilidade das ações e outra de limitar a discricionariedade²⁸.

A jurisprudência, enfim, também aponta no sentido da adstrição do Direito Administrativo sancionador aos princípios da legalidade e da tipicidade²⁹, de forma que se

propõe, nesta sede, estudar a aplicação analógica de construções características do Direito Penal em função da gravidade das sanções impostas no âmbito de incidência da Lei nº 8.429/1992 e das significativas restrições de direitos fundamentais individuais que elas acarretam, exigindo um paradigma mais rígido de proteção do indivíduo submetido ao poder sancionatório, em moldes semelhantes ao que acontece na seara criminal³⁰.

Por outro lado, não se trata de mero intercâmbio acrítico de ferramental, pois a aplicação dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo sancionador não poderá ocorrer de forma mecânica, mas com matizes, ou seja, adaptando-os ao novo campo de incidência³¹.

3 Tipicidade formal

Considerando o encadeamento lógico necessário no que tange à tipicidade dos atos de improbidade, será enfrentado, inicialmente, seu aspecto formal, atinente à descrição das condutas e sua adequação fática, passando-se no próximo capítulo a analisar se a ação formalmente típica embute uma lesão ou perigo de lesão significativa aos valores

28 BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, p. 134.

29 Nesse sentido, por exemplo: “O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais” (STJ, REsp 704.570/SP, Primeira Turma, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Relator para o acórdão Ministro LUIZ FUX, DJ 04/06/2007); “2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 [...]” (STJ, REsp 751.634/MG, Primeira Turma, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 02/08/2007); e “As ações sancionatórias [...] exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação. [...]” (STJ, REsp 952.351/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe, 22/10/2012).

30 Anota ALMEIDA PRADO, nesse sentido, que “a exigência de tipicidade revela-se mais intensa em relação aos atos de improbidade administrativa do que para a configuração de outras faltas administrativas, onde seria admissível maior flexibilidade. E isto pelo fato de que os atos de improbidade administrativa, sendo puníveis com a gravíssima sanção suspensiva de direitos políticos, intensificam a exigência de segurança jurídica” (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33).

31 Ponderação semelhante, porém mais enfática, é realizada por BARROS e AMORIM JUNIOR (BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 338).

ou bens protegidos pela Lei nº 8.429/1992, representando uma violação material da norma tipificadora.

3.1 A tipificação dos atos de improbidade administrativa

Conforme dispõe a Lei nº 8.429/1992, com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 157/2016, são quatro os grupos de atos de improbidade administrativa tipificados pelo legislador: i) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), ii) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10), iii) atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e iv) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11)³².

Conforme preconiza a doutrina, trata-se, em regra, de *tipificação aberta* e o rol de condutas elencadas nos incisos possui caráter exemplificativo (*numerus apertus*), em função da utilização, nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992³³, da expressão “notadamente”, ampliando as possibilidades de enquadramento de condutas como ímprobas³⁴.

Portanto, em face das premissas apresentadas no item anterior, tem-se a utilização, na Lei nº 8.429/1992, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados para a *tipificação* dos atos de improbidade administrativa³⁵, o que conduz ao questionamento do grau de precisão necessária à correta previsão dos comportamentos sancionáveis, sob os ditames da legalidade e da segurança jurídica.

Como já referido ao tratar do âmbito penal, a legalidade está vinculada ao “princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo”, pois o destinatário da norma deverá ter condições de compreender o que é proibido ou permitido e “embora não se possa impedir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, é certo que o seu uso não deve acarretar a não-determinabilidade objetiva das condutas proibidas”³⁶.

Deve-se ressaltar, no ponto, que a utilização de conceitos indeterminados, apesar de pouco recomendada, torna-se, por vezes, inevitável inclusive na seara penal. Com efeito, mesmo em Direito Penal mostra-se necessária uma convivência entre a garantia da legalidade, que preza pela clareza e precisão das condutas tipificadas pelo legislador, e a “percepção de uma sociedade cujas estruturas não mais são tranquilamente descritas, exigindo conceitos de diversas origens e naturezas”³⁷.

32 NEVES e OLIVEIRA apontam, igualmente, “a existência de tipificação de improbidade administrativa no art. 52 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), direcionada exclusivamente aos Prefeitos” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 79).

33 “No tocante ao art. 10-A da Lei 8.429/1992, contudo, a tipificação não apresenta rol aberto de condutas, definindo, de forma detalhada, as condutas que constituirão ato de improbidade decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário” (*Ibidem*, p. 80).

34 *Ibidem*, p. 79-80. No mesmo sentido, BARROS e AMORIM JUNIOR (BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa.

In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 311-341, p. 321-323) e GARCIA e ALVES (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 169).

35 OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 259.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 590.

37 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos nor-

Retornando à improbidade administrativa, OSÓRIO justifica o uso de conceitos indeterminados e, sobretudo, de cláusulas gerais no campo sancionatório com o que denomina de “tipicidade permissiva”³⁸. De acordo com o autor, a “tipicidade da proibição” seria resultado da inobservância da “tipicidade da permissão”, em outras palavras, considerando que o agente público não possui liberdade de ação, estando sempre adstrito aos ditames legais, toda vez que este foge ao comportamento permitido ou determinado pelo legislador incorre em infração passível de sancionamento³⁹.

Assim, inobstante se exija “um mínimo de segurança e garantia na descrição normativa” das condutas puníveis, nada impede a utilização de cláusulas gerais ante a legalidade administrativa que delimita previamente os comportamentos positivos ou negativos autorizados ao agente público⁴⁰.

Note-se, de outra face, que o tema não é ignorado pelos tribunais brasileiros, que já tiveram a oportunidade de afirmar que:

[...] a tipificação deficiente ou a falta de tipificação fechada do ato ímprobo – como é manifestamente desejável, por se tratar de requisito próprio do Direito Sancionador – pode levar a Administração a punir com a mesma sanção os atos simplesmente ilegais e os atos indubitavelmente caracterizados como de improbidade administrativa praticados por Agentes Públicos, o que impõe a atuação moderadora e corretiva do Poder Judiciário, para evitar os excessos

e o tratamento uniforme de situações objetivas distintas e inconfundíveis com infração ao princípio da reserva de proporcionalidade⁴¹.

Ademais, há quem assevere, como ALMEIDA PRADO, que as previsões genéricas dos *capita* dos artigos 9º, 10 e 11 são incompatíveis com as exigências de legalidade e tipicidade, devendo ser adotadas, de forma taxativa, as previsões dos seus respectivos incisos⁴².

Nesse sentido, a fim de exemplificar os limites de uma descrição normativa no que concerne à tipificação dos atos de improbidade, retome-se a previsão do artigo 11, *caput* e incisos I, II, III e IX, da Lei nº 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; [...]
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Mostra-se patente, nesses casos, a vagueza pela qual o legislador buscou discriminar as condutas ímprobas por violação aos princípios da Administração Pública⁴³,

mativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010, p. 222.

38 OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 259.

39 *Ibidem*, p. 259.

40 *Ibidem*, p. 259.

41 STJ, ARES 1.211.165/SE, decisão monocrática, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 12/11/2018.

42 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34-35.

43 BARROS e AMORIM JUNIOR falam, no entanto, em

ormente se forem considerados os inúmeros princípios dessa seara⁴⁴, não prosperando, nesse ponto, o argumento da “tipicidade permissiva”, dado que cria uma exagerada amplitude de condutas positivas ou negativas do agente que descumpridas ocasionariam a incidência das gravosas sanções da Lei nº 8.429/1992⁴⁵⁻⁴⁶.

uma “natural abertura hermenêutica” (BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JÚNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa*: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 323).

44 DI PIETRO, de fato, aponta a amplitude que a exegese do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa pode alcançar em face dos múltiplos princípios da Administração Pública (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 988). Nas palavras da autora, “a rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa” (*Ibidem*, p. 988).

45 “Há quem pretenda que a afronta a qualquer dos princípios da Administração Pública acarrete a incidência do já mencionado artigo. Essa interpretação é equivocada. Não é possível punir o cidadão com base em noção tão aberta. Nem mesmo é possível punir com base na violação aos deveres ali prescritos (honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições e legalidade). Não se pode dizer que exista precisão quanto aos conceitos dos deveres ali elencados, e isso impede a punição com base na suposta infringência deles. Somente se pode punir alguém pela prática de um ato ilícito, quando essa pessoa puder identificar claramente entre dois possíveis comportamentos qual deles é o proibido” (HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014, p. 197).

46 De modo semelhante, em Direito Penal, SALVADOR NETTO afirma, ao tratar do crime de gestão temerária, que “não é tolerável um suposto tipo que afirma, ainda que com outras expressões ou de modo sub-reptício, que se considera crime administrar instituição financeira em desrespeito a toda e qualquer norma ou regra atinente à matéria” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipici-

Da mesma forma, não parece se sustentar a alegação de que, no caso específico desse artigo, as sanções cominadas seriam as menos graves do sistema de improbidade administrativa⁴⁷, a arrefecer, em alguma medida, a amplitude sancionatória. Com efeito, além de uma apreciação subjetiva, que apenas considera os escalonamentos da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o Poder Público, essa assertiva ignora a extensão possível de uma “multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente”(art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992, que pode atingir, a considerar-se o atual teto do funcionalismo público federal (R\$ 39.293,32 – Lei nº 13.752/2018), a substancial quantia de quase quatro milhões de reais.

Note-se, nesse sentido, que alguns tribunais, a fim melhor delimitar a hipótese de incidência dessa previsão legislativa, têm exigido a aplicação conjunta do *caput* com algum dos incisos do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, como se verifica da seguinte ementa:

A configuração do ato de improbidade prevista no art. 11 da LIA exige a comprovação de que a conduta tenha sido praticada por Agente Público (ou a ele equiparado), atuando no exercício de seu *munus* público, devendo restar preenchidos, ainda, os seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) tipicidade do comportamento, ajustado em algum dos incisos do dispositivo; (c) dolo; (d) ofensa aos princípios da Administração Pública que, em tese, resulte um prejuízo

dade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, 2010, p. 234).

47 Como asseveram BARROS e AMORIM JÚNIOR (BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JÚNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa*: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 322).

efetivo e concreto à Administração Pública ou, ao menos, aos administrados, resultado este desvirtuado das necessidades administrativas⁴⁸.

Por derradeiro, a constitucionalidade das previsões típicas de improbidade administrativa já foi objeto de análise, por exemplo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual entendeu, em que pese o quanto acima ponderado, pela inexistência de mácula, afastando a alegação de “ausência de grau mínimo de precisão na tipificação das condutas que qualificam a improbidade administrativa”⁴⁹.

3.2 A previsão estrita das sanções por atos de improbidade administrativa

Apresenta-se como corolário necessário da descrição precisa das condutas previstas na Lei nº 8.429/1992 a delimitação estrita das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa. Dessa forma, nos termos do artigo 12 do referido diploma legislativo, com a redação dada pela Lei nº 12.120/2009, os atos ímprobos serão sancionados com a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios⁵⁰.

No mesmo sentido, observa-se que a previsão constitucional de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, inciso XXXIX, da CF)⁵¹ não somente sedimenta a necessidade de tipificação prévia da conduta penalmente ilícita como também do preestabelecimento da consequência jurídica aplicável, de forma a efetivar integralmente o princípio da legalidade.

Isso porque de nada adiantaria estabelecer as condutas criminalmente relevantes sem delimitar o âmbito de incidência da sanção criminal, deixando-a ao alvitre do órgão julgador⁵². De fato, tratando-se de hi-

previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. A norma repete-se no artigo 186 do novo Código Civil, com o acréscimo de menção expressa ao dano moral” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 991). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações” (STJ, REsp 1.184.897/PE, Segunda Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 27/04/2011).

48 STJ, AgRg no REsp 1.196.801/MG, Primeira Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 26/08/2014.

49 TJ/SP, Apelação Cível 3000420-71.2018.826.0042, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, DJe 31/08/2016.

50 De acordo com o artigo 37, §4º, da Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”. “Note-se que o dispositivo constitucional, ao indicar as medidas cabíveis, não se refere a elas como sanções. E, na realidade, nem todas têm essa natureza. [...] Quanto ao ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não

51 Sob o título de “anterioridade da Lei”, essa redação é repetida pelo Código Penal: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

52 “Em regra, quando se fala no princípio da legalidade, foca-se mais na descrição do comportamento proibido, relegando-se a consequência (pena) ao segundo plano; entretanto, de nada adiantaria ter a garantia de que as condutas proibidas devem estar previstas antes sem ter a garantia de que as punições para tais condutas também estarão estabelecidas antecipadamente. Daí advém o cuidado do constituinte e do legislador de dizer claramente que não só não há crime sem lei anterior como também não há pena sem lei anterior.” (PASCHOAL, Janaína Conceição. Título I – Da aplicação da Lei Penal. In: REA-

pótese sancionatória, deve existir um quadro de penalidades do qual o juiz não poderá se afastar, adstringindo-se a optar pela sanção mais adequada dentre as previstas pelo legislador, dosando-a de forma proporcional ao fato praticado⁵³.

Tal entendimento, *mutatis mutandis*, tem sido adotado pela doutrina e aplicado pela jurisprudência brasileira ao reconhecer a tipicidade das sanções por atos de improbidade administrativa.

Note-se que MELLO já apontava, no que concerne às infrações administrativas, que a lei deve noticiar “de maneira clara aos administrados a que consequências estarão sujeitos se descumprirem as normas pertinentes”, pois “o mínimo que se espera de um Estado de Direito [...] é que assegure aos administrados prévia ciência dos gravames que lhes serão infligidos caso desatendam às leis administrativas”⁵⁴.

LE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 14).

53 “ADMINISTRATIVO E SERVIDOR PÚBLICO. LEI Nº 8.429/92. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSELHEIRO TUTELAR. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE VEÍCULO E DE MOTORISTA OFICIAIS PARA FINS PARTICULARES. DOLO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO EVIDENCIADOS. REDIMENSIONAMENTO DAS SANÇÕES APLICADAS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, sobre o qual não há controvérsia, restou demonstrado o dolo do réu, no mínimo genérico, decorrente da reiterada utilização irregular de veículo e de motorista do Conselho Tutelar para o atendimento de interesses particulares, daí resultando inescapável enriquecimento ilícito. 2. Redimensionamento das sanções aplicadas, em atenção aos vetores hermenêuticos da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, unicamente para se decotar as penalidades impostas” (STJ, REsp 1.186.969/SP, Primeira Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 05/11/2013).

54 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 847.

Para OSÓRIO, por sua vez, em que pese a tipificação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 ocorra por grupos de infrações, diferentemente da previsão individualizada da seara criminal – em razão de inúmeras serem as hipóteses abarcadas pelas normas sancionadoras administrativas, inclusive em função de que muitas são tipificadas por remissão – essa há de ser “certa e determinada”⁵⁵, pois

[n]o Direito Administrativo Sancionador, havendo uma exigência de legalidade das infrações, o mesmo se dá com relação às sanções, que não decorrem de um genérico poder de polícia da Administração Pública. Daí que, inegavelmente, as sanções devem obediência ao princípio da legalidade nos mesmos moldes das infrações, devendo existir um mínimo de certeza e previsibilidade em seus conteúdos descritivos⁵⁶.

Veja-se, ademais, julgado do Superior Tribunal de Justiça em que se consignou a adstrição às espécies sancionatórias previstas na Lei nº 8.429/1992, não sendo possível, por exemplo, a aplicação da “devolução em dobro dos valores desviados” por não corresponder a nenhuma das “sanções previstas na Lei de Improbidade, o que viola o art. 12 da norma sancionadora”⁵⁷.

Observa-se, inclusive, um tratamento bastante rigoroso da matéria pela Corte Superior, impedindo-se até mesmo a dosimetria das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 aquém do patamar fixado pelo legislador, de forma que as penalidades de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios não podem ser

55 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 274.

56 *Ibidem*, p. 275.

57 STJ, REsp 1.376.481/RN, Segunda Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22/10/2015.

fixadas abaixo do menor parâmetro previsto no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, pois não existe autorização na lei para estipular sanções abaixo desse patamar⁵⁸.

Tal consideração destoa até mesmo da rigidez característica do sistema criminal, para o qual causas de diminuição, como a tentativa (art. 14 do Código Penal), permitem a redução da pena abaixo do limite mínimo desenhado pelo legislador⁵⁹. Logo, considerando que algumas sanções, como a proibição de contratar com o Poder Público, são previstas em quantidade fechada (prazo de dez, cinco ou três anos, a depender da hipótese de improbidade administrativa), inevitáveis serão as repercussões no campo da proporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta estatal desenvolvida.

4 Tipicidade material

Superadas as questões relativas à tipicidade formal, pressuposto para a análise que segue, tratar-se-á da outra face típica dos atos de improbidade administrativa, o seu conteúdo material indispensável à atuação sancionatória.

4.1 Ofensividade como limite material ao poder sancionatório

Ao abordar o aspecto material da tipicidade dos atos de improbidade administrativa, mostra-se novamente oportuno o recurso ao campo do Direito Penal a fim de extrair-lhe

as noções de lesividade ou ofensividade⁶⁰, fundamentais para as análises que se sucederão.



Fonte: www.politize.com.br

Nesse sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI apontam ser relativamente recente a percepção de que a afetação de bens jurídicos requerida pela tipicidade penal exigia certa gravidade, dado que nem toda violação mínima seria capaz de provocar atuação do sistema criminal e citam, como exemplo, que “os presentes de uso” dados aos servidores públicos por ocasião do Natal, não configurariam uma “lesão à imagem pública da administração”, afastando a tipicidade do artigo 317 do Código Penal⁶¹.

Dessa forma, “a lesividade se funda na ideia de que mesmo quando um bem jurídico

58 STJ, REsp 1.582.014/CE, Segunda Turma, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 15/04/2016.

59 Veja que para BITENCOURT esse entendimento atingiria até as atenuantes, dado que “não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém, do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de uma circunstância atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 641).

60 Necessário ressaltar que muito embora alguns autores considerem que lesividade e ofensividade possuem significados diversos, no presente artigo serão adotados como sinônimos, na esteira, dentre outros, de BITENCOURT (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 22) e SANTOS (SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. *O princípio da ofensividade como complemento à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Associado Alamiro Velludo Salvador Netto, São Paulo, 2014, p. 10).

61 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 488-489.

é digno de tutela penal, mesmo naquelas situações consideradas mais graves, o recurso ao Direito Penal somente se justifica se a incidência da lesão for significativa”⁶².

SMANIO ressalta que o princípio constitucional da ofensividade vincula tanto o legislador como o intérprete, na medida em que o primeiro só deverá criminalizar condutas que representem lesão ou, ao menos, perigo de lesão a um bem jurídico, enquanto compete ao segundo reconstruir os tipos penais “com a ajuda do critério do bem jurídico, excluindo os comportamentos não ofensivos ao bem tutelado pela norma incriminadora”⁶³.

Da mesma forma, sustentada na distinção entre tipicidade formal e material, pode-se recolher manifestação da Suprema Corte brasileira na qual se exigiu “lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado”, sob pena de a conduta ser considerada um irrelevante penal⁶⁴.

O mesmo problema expresso ao início deste item também pode ser vislumbrado no campo da improbidade, em que condutas formalmente adstritas às previsões sancionatórias da Lei nº 8.429/1992 poderão não se apresentar como materialmente lesivas a valores ou princípios da Administração Pública, “seja por adequação social, seja pela escassa ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado pelo legislador”, de forma que não se justificariam, nessas hipóteses, “o desencadear de processo, ação criminal ou ação civil pública, permitindo-se acordos e enfatizando-se a importância, se for o caso, do ressarcimento ao erário”⁶⁵.

A tipicidade do ato de improbidade administrativa passaria, por conseguinte, por um “dúplice estágio: formal e material”, em que o “juízo de adequação entre a norma e o fato” não se esgotaria em um “literalismo simplista”⁶⁶, sendo igualmente necessário ponderar sobre o “impacto da conduta formalmente típica sobre o bem jurídico protegido”⁶⁷.

Assim, buscando efetivar a exigência de lesividade mínima da conduta ímproba, será observado em que medida o princípio da insignificância poderia ser transportado para o âmbito de aplicação da Lei nº 8.429/1992.

4.2 Princípio da insignificância

No campo do Direito Penal, diversos são os fatores (causas) excludentes da tipicidade, podendo-se subdividi-los em legais, quando previstos expressamente na legislação, e supralegais, hipóteses em que se encontram implícitos ao texto legislativo⁶⁸. Como exemplos do primeiro caso podem ser encontrados, dentre outros, o denominado *crime impossível* (art. 17 do Código Penal⁶⁹) ou ainda a *anulação do primeiro casamento no crime de bigamia* (art. 235, § 2º, do Código Penal⁷⁰)⁷¹.

do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 265.

66 *Ibidem*, p. 268.

67 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 36.

68 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179.

69 “Crime impossível. Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

70 “Bigamia. Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. [...] § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

71 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179-180.

62 PASCHOAL, Janaína Conceição. Título I – Da aplicação da Lei Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 15.

63 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83.

64 STF, HC 104.070-MC/SP, Segunda Turma, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 10/09/2010.

65 OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e

Por sua vez, como hipóteses pertencentes ao segundo grupo têm-se a *adequação social* e a *insignificância*, pois, como anotam SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR, configuram “formas judiciais de descriminalização fática”, em que a adequação social exclui do crivo penal os “comportamentos normalmente permitidos”, enquanto a insignificância “equivale à desconsideração típica pela não materialização de um prejuízo efetivo, pela existência de danos de pouquíssima importância”⁷².

A insignificância, objeto focal deste item⁷³, constitui, portanto, uma decorrência da própria ausência de ofensividade do comportamento praticado, fulminando a tipicidade material da conduta imputada.

Na doutrina penal, a introdução do referido princípio é atribuída a ROXIN, em artigo publicado em 1964, partindo da máxima latina *minima non curat praetor*⁷⁴. Segundo o autor alemão, trata-se da aplicação de uma “interpretação restritiva, que realize [...] a ‘natureza fragmentária’ do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico”⁷⁵.

Note-se que a insignificância de um determinado comportamento deve ser aferida “não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é pela extensão da lesão produzida”⁷⁶.

Por sua vez, como oportunamente ressaltou o Supremo Tribunal Federal:

[...] após um longo processo de formação, marcado por decisões casuais e excepcionais, o princípio da insignificância acabou por solidificar-se como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, sendo paulatinamente reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores⁷⁷.

Logo, se é necessário, como observado no item anterior, um mínimo de lesividade ou ofensividade da conduta para que dela cuide o sistema penal⁷⁸, cumpre indagar, neste passo, se o mesmo raciocínio não deveria ser adotado, em alguma medida, por todo o mecanismo sancionatório estatal, inclusive o de improbidade administrativa, e, sendo afirmativa a resposta, quais seriam os limites a separar uma conduta ofensiva de outra insignificante.

À primeira possibilidade, aparentemente tormentosa, costuma-se objetar o raciocínio de que mesmo no Direito Penal os atos praticados contra a Administração Pública não seriam passíveis de tal análise, dado que se afigura impossível quantificar uma lesão mínima ao bom andamento da atividade estatal.

O posicionamento encontra ressonância no teor da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, a qual afirma, expressamente, que “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”⁷⁹,

72 SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

73 Sobre a adequação social da conduta, vide BITENCOURT (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 19-21).

74 *Ibidem*, p. 21.

75 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46-47.

76 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 296.

77 STF, HC 104.286/SP, Segunda Turma, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 20/05/2011.

78 Como sustenta NUCCI, “o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *ultima ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 181).

79 No mesmo sentido, porém com especial ênfase na condição de agente público do réu: “PENAL. PREFEITO. UTILIZAÇÃO DE MAQUINÁRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância a prefeito, em razão mesmo da própria con-

bem como na doutrina, dentre outros, com a posição de NUCCI, para quem os “bens jurídicos imateriais de expressivo valor social”, como a moralidade administrativa, afastam-se do âmbito de incidência do referido princípio, ilustrando com o seguinte exemplo:

[...] um policial, que receba R\$ 10,00 de propina para não cumprir seu dever, permite a configuração do crime de corrupção passiva, embora se possa dizer que o valor dado ao agente estatal é ínfimo. Nesse caso, pouco importa se a corrupção se deu por dez reais ou dez mil reais. Afinal, o cerne da infração penal é a moralidade administrativa⁸⁰.

Desse modo, partindo do mesmo raciocínio desenvolvido no campo penal, há quem defenda a inaplicabilidade da insignificância ao âmbito da improbidade administrativa, com repercussão, sobretudo, na jurisprudência brasileira.

dição que ostenta, devendo pautar sua conduta, à frente da municipalidade, pela ética e pela moral, não havendo espaço para quaisquer desvios de conduta. 2. O uso da coisa pública, ainda que por bons propósitos ou motivado pela ‘praxe’ local não legitima a ação, tampouco lhe retira a tipicidade, por menor que seja o eventual prejuízo causado. Precedentes das duas Turmas que compõem a Terceira Seção. 3. Ordem denegada”. (STJ, HC 148.765/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 31/05/2010) e “[...] CRIME - INSIGNIFICÂNCIA - QUALIFICAÇÃO DO AGENTE E BEM ENVOLVIDO - COISA PÚBLICA. Descabe agasalhar o princípio da insignificância - consoante o qual não de ser levados em conta a qualificação do agente e os valores envolvidos - quando se trata de prefeito e de coisa pública. PENA - DOSIMETRIA. Mostra-se consentânea com a ordem jurídica decisão que, considerado o máximo de doze anos, fixa a pena-base, presente circunstâncias judiciais negativas, em quatro anos e seis meses de reclusão”. (STF, HC 88.941/AL, Primeira Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 23/10/2008).

80 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 182.

Nesse sentido, encontra-se o paradigmático Recurso Especial nº 892.818/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o qual a lesividade deveria repercutir apenas na dosimetria da sanção por ato de improbidade administrativa, não sendo capaz, contudo, de excluí-la, à semelhança do que ocorre no Direito Penal em função da atipicidade da conduta.

Tratava-se, naquela sede, da utilização de veículo de propriedade do Município de Vacaria/RS e de força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares do Chefe de Gabinete. Assim, muito embora o Tribunal Superior afirme que não se deve trivializar a Lei nº 8.429/1992, ante a severidade das punições nela previstas, ou mesmo confundir o ato ímprobo com o meramente irregular, assevera que uma vez declarada ou insinuada – ainda que implicitamente – ser ímproba a conduta do agente, ou reconhecida a violação aos bens e valores protegidos pela Lei nº 8.429/1992, já não é facultado ao julgador, sob a alegação de incidência do princípio da insignificância, “evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas”⁸¹.

Como anotam BLANCHET e GABARDO, o aludido julgado serviu, durante algum tempo, de baliza para justificar a não aplicação da insignificância às hipóteses de improbidade administrativa⁸². De acordo com

81 STJ, REsp 892.818/RS, Segunda Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 10/02/2010.

82 BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, p. 128-129. É o que também apontam BARROS e AMORIM JUNIOR, aderindo ao referido posicionamento (BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito

GARCIA e ALVES, “a razão de ser do entendimento encontra suporte na constatação de que ou a moralidade é violada e a improbidade está configurada, ou não, caso em que estaríamos perante mera irregularidade”⁸³.

Em suma, não haveria ofensa insignificante em relação à moralidade e à probidade administrativas, constitucionalmente asseguradas, dado, especialmente, o grau de reprovabilidade intenso que essas condutas violadoras denotariam⁸⁴.

do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa*: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 333). O entendimento, ademais, foi replicado em outras instâncias, como se observa, por exemplo, em: TRF3, Apelação Cível 0004242-62.2005.4.03.6125, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal DIVA MALERBI, e-DJF3 29/11/2017; e TRF3, Apelação Cível 0010819-62.2013.4.03.6000, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 03/05/2017.

83 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 171. No mesmo sentido: “A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizar *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além de que o legislador pretendeu” (STJ, REsp 1074090 2008.01.55240-5, Primeira Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 02/12/2009).

84 BLANCHET e GABARDO anotam, nesse sentido, ser esse um óbice usualmente oposto pela jurisprudência, “pois não seria possível fazer gradação de atos imorais – ou é imoral ou não é. Nestes termos, não seria lógico dizer que existe ato imoral e insignificante mesmo que seja de pequeno valor; ele sempre vai ter alguma significância se é imoral, o que implica a exigência de aplicação de pena” (BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, p. 137).

No mesmo sentido, apontando para uma espécie de dever sancionatório, tem-se que, verificada a congruência formal entre a conduta e a previsão legislativa, inafastável a incidência da sanção cominada, não estando o julgador obrigado, contudo:

[...] a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal⁸⁵.

Entretanto, em que pesem os relevantes precedentes encontrados, necessário ponderar que, mesmo na alentada hipótese de crime contra a Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao se depararem com condutas de lesividade significativamente baixa, com expressão econômica ínfima, têm adotado a aplicação excepcional do princípio da insignificância⁸⁶.

85 STJ, REsp 513.576/MG, Primeira Turma, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Relator para o acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 06/03/2006.

86 A título de exemplo, “Habeas Corpus. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida”. (STF, HC 104.286/SP, Segunda Turma, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 20/05/2011) e “PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. INUTILIZAÇÃO DE UM CONE. IDOSO COM 83 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS. PRIMÁRIO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MITIGAÇÃO EXCEPCIONAL DA SÚMULA N. 599/STJ. JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna

Ainda nesse sentido, observa BALTAZAR JÚNIOR, ao tratar do crime de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal), que embora seja significativo o entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância, em função do bem jurídico protegido ser o “bom andamento da administração”, mostra-se desarrazoada a persecução criminal quando o bem for de valor ínfimo, “como uma caneta ou um bloco de papel” e menciona como exemplos da jurisprudência a subtração de um pacote de cigarros destinados à incineração no valor de R\$ 250,00 e um farol de motocicleta apreendida no valor de R\$ 13,00⁸⁷.

Portanto, a alegação de dificuldade para se aquilatar uma lesão a bens jurídicos abstratos, como a moralidade administrativa, não fornece respaldo suficiente para a exclusão do princípio da insignificância em matéria penal, inexistindo razão para que o mesmo raciocínio não seja extrapolado aos atos de improbidade administrativa que não

alcancem repercussão mínima a justificar as gravosas sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992⁸⁸.

Veja-se, nesse sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 968.447 do Superior Tribunal de Justiça, no qual se consignou que:

[o] ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: *de minimis non curat Praetor*⁸⁹.

Porém, outro óbice usualmente levantado é a inexigibilidade de dano ou enrique-

inaceitável a intervenção estatal-criminal. 2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto - réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos - justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada. 3. Recurso em *habeas corpus* provido para determinar o trancamento da ação penal n. 2.14.0003057-8, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Gravataí/RS”. (STJ, RHC 85.272/RS, Sexta Turma, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, DJe 23/08/2018).

87 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 275.

88 BLANCHET e GABARDO chegam a propor uma solução alternativa, ante a não aceitação da insignificância para o fim de afastar a tipicidade do ato ímprobo, fazendo-a repercutir apenas na punibilidade do agente, excluindo-a ante sua possível desproporcionalidade (BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, p. 137). Nas palavras dos autores, “[a] insignificância também pode ser utilizada apenas como um elemento hermenêutico interno ao princípio da proporcionalidade. E que, portanto, não vai afetar a tipicidade, mas vai afetar a punibilidade. Ou seja, reconhece-se que é típico. É típico e não se pode usar a insignificância como princípio autônomo para esse tipo de exclusão de tipicidade. Mas o princípio da proporcionalidade é irrecusável e ele pode, mesmo reconhecendo-se a atipicidade, ser um elemento de exclusão da punibilidade; de aplicação da sanção. Isso a fim de que seja evitado o injusto; a fim de que seja inibido o irrazoável” (*Ibidem*, p. 137).

89 STJ, AgRg REsp 968.447/PR, Primeira Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18/05/2015.

cimento para as hipóteses sancionatórias previstas no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992⁹⁰, de modo a afastar, em princípio, a análise da insignificância da lesão perpetrada.

O que se observa, entretanto, é que o dano e o enriquecimento aludidos pela legislação referem-se à expressão econômica da conduta, aos valores do prejuízo causado ou do lucro auferido pelo agente com a prática do ato ímprobo. Contudo, como mencionado anteriormente, a aplicação do princípio da insignificância, especialmente em face de bens jurídicos abstratos como a moralidade pública, não deve ser valorado tão somente no que concerne à sua manifestação pecuniária, importando, sobretudo, o estudo da efetiva lesão ao valor tutelado pela norma⁹¹.

90 “Mesmo sem a verificação de proveito econômico para os réus ou prejuízo patrimonial para o Poder Público, constitui ato de improbidade administrativa a elaboração de licitação sem atendimento dos preceitos legais para esta espécie de procedimento administrativo, e de contratos sem a devida formalização, havendo concorrência de terceiro na elaboração de documento falso, destinado à prestação de contas [...]” (TJ/PR, 2ª Câmara Cível, ACR 144539-6, Santa Mariana, Relator Desembargador PÉRICLES BELLUSCI DE BATISTA PEREIRA j. 12/05/2004). No mesmo sentido, GARCIA e ALVES ao afirmarem que “[a]nte a natureza e a importância dos interesses passíveis de serem lesados pelos ímprobos, afigura-se louvável a técnica adotada pelos arts. 4º e 11 da Lei n. 8.429/92, preceitos em que a violação aos princípios regentes da atividade estatal, ainda que daí não resulte dano ao erário, consubstanciará ato de improbidade” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 413).

91 Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado, em que outros elementos foram considerados a fim de afastar a improbidade na hipótese do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 11 E INCISO I DA LEI 8.429/1992. OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE DANO AO

BARROS e AMORIM JUNIOR, muito embora tenham uma visão restrita da aplicabilidade do princípio em tela, não deixam de apontar, em sentido semelhante, que:

[...] o ato de improbidade administrativa não pode ser analisado, unicamente sob a ótica patrimonial relacionada ao valor a ser apurado em razão da prática de alguma conduta ímproba; deve ser perquirida, bem além, quão gravosa e aleivosa dita prática (e/ou seu resultado) foi para o meio social⁹².

Assim, adotando a aplicabilidade do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa, observam-se diversas correntes na doutrina especializada.

OSÓRIO, a título de exemplo, destaca que haveria inegável e estreita correlação entre os princípios da insignificância e da proporcionalidade⁹³, aplicando-se ambos a

ERÁRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. [...] 8. Diante dos argumentos (i) de que não houve prejuízo material ao erário público, (ii) de que o próprio MPF ponderou que ‘os fatos ora analisados não seriam graves a ponto de justificar as penas de perda da função pública ou a de contratar com o Poder Público’ e (iii) de que houve a prestação do serviço contratado e, segundo o Relato das Atividades de Planejamento Estratégico no INPE no Biênio 2006-2007 foi considerado ‘um sucesso’, poder-se-ia aplicar ao caso o princípio da insignificância. 9. Apelação e remessa oficial, tida por submetida, a que se negam provimento.” (TRF3, Apelação Cível 0008469-88.2010.4.03.6103, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 23/05/2017).

92 BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 326.

93 Segundo FELDENS, “[p]rovavelmente não exista hipótese mais evidente de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal do que quando invocado o cognominado princípio da insignificância.

outras esferas jurídicas além da penal, visando a “defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana”⁹⁴. A proporcionalidade, para o autor, juntamente com a proibição do excesso⁹⁵, decorreria da própria essência dos direitos fundamentais⁹⁶.

Há quem sustente, por outro lado, como GOMES JÚNIOR e CHUEIRI, que apesar de inexistir incompatibilidade entre

a Lei nº 8.429/1992 e o princípio da insignificância – dado que “relevante é a gravidade da conduta e não apenas o fato de a mesma ser considerada ímproba” –, apenas condutas culposas de improbidade comportariam esse juízo⁹⁷. Nesse sentido, diferindo do entendimento da doutrina no âmbito criminal, os autores ponderam que não haveria como afastar a improbidade de uma conduta dolosa, dada a própria natureza da proteção buscada (a atuação ética e moral dos agentes públicos), de forma que “nem teria sentido afirmar que atos dolosos estariam fora dos limites da Lei de Improbidade, por menores que fossem”⁹⁸.

De outro lado, OSÓRIO sugere ponderação diversa quanto às hipóteses de incidência do princípio da insignificância⁹⁹. Cita como exemplo o desvio de uma folha de papel timbrado do órgão onde o agente público exerce suas funções, utilizando para fins não relacionados ao seu desempenho, caso em que restaria configurado, em tese, o tipo de improbidade de enriquecimento ilícito, conforme dispõe o artigo 9º, *caput* e inciso IV, da Lei nº 8.429/1992, mas em que, inobstante censurável, não haveria “ofensa material aos valores proporcionalmente tutelados” pela referida legislação a ponto de exigir a aplicação das rigorosas sanções ali previstas, tais como a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos¹⁰⁰. Nas palavras do autor,

[...] no plano formal, há condutas que

Embora seguidamente reconduzido ao plano exclusivo da dogmática penal, a constatação acerca da insignificância jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo concreto de desproporcionalidade que se realiza acerca da potencial incidência de uma medida legalmente prevista (a sanção penal) a uma situação de fato” (FELDEN, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 191). A seu turno, CUCINELLI entende que o princípio da insignificância também deriva dos princípios da dignidade da pessoa humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da subsidiariedade e da fragmentariedade (CUCINELLI, Otávio Henrique Simão e. *Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa*. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2015, p. 28-40).

94 OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 267. Como ressalta o autor, “notadamente no direito público, e muito especialmente no manejo de sanções que atingem direitos fundamentais, à luz da Lei 8.429/92, que tipificou e sancionou categorias de atos de improbidade administrativa, revela-se o princípio da proporcionalidade de fundamental importância, seja na adequação típica das condutas às descrições das normas, seja na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos” (*Ibidem*, p. 258).

95 Note-se que ROXIN chega a afirmar a possibilidade de obstar a punição de uma infração penal insignificante por violação da proibição do excesso (ROXIN, Claus *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 67).

96 OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 261.

97 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na lei de improbidade administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 274, ano 42, dez. 2017, p. 369.

98 *Ibidem*, p. 369

99 OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 268-269.

100 *Ibidem*, p. 268.

incorrem nas finas malhas da Lei 8.429/92, mas não no plano material, pois essa legislação se destina a coibir aqueles comportamentos que, independentemente da lesão ao erário e do enriquecimento ilícito, se apresentem altamente lesivos à comunidade e aos princípios regentes da administração pública. Trata-se de incorporar, no ato interpretativo, uma teoria de valores, hoje inafastável do ato hermenêutico¹⁰¹.

No entanto, o mesmo raciocínio, ainda segundo o autor, não se aplicaria ao agente público que, por exemplo, se apropriasse, de forma dolosa, de dinheiro público, mesmo que de valor diminuto, pois já revelaria “comportamento incompatível com o mínimo ético que se exige de um agente público, revelando-se tal ato formal e materialmente típico pelo ângulo da improbidade”¹⁰².

Em sentido parecido, BARROS e AMORIM JUNIOR alegam ser inadequada a utilização do princípio da insignificância em determinadas modalidades de condutas ilícitas, considerando “a nefasta repercussão social que ocasionam e porque praticadas por agentes públicos que expressam desprezo com o exercício de suas funções”, em simetria com as hipóteses em que os tribunais superiores

afastam o princípio quando da apreciação de crimes contra a Administração Pública¹⁰³.

Duvidosa, contudo, pode ser a *ratio* que subjaz a esse tratamento distintivo. Em outras palavras, não resta claro em que medida se trata de uma distinção moral e não jurídica incidente sobre a “pessoa ímproba”, distanciando-se da perspectiva da insignificância voltada à análise objetiva da conduta praticada.

GARCIA e ALVES, de outra face, afirmam que, visando evitar que uma “legitimidade de direito”, decorrente da previsão legal da improbidade administrativa, consubstancie um “ilegitimidade de fato”, o operador, valendo-se do princípio da proporcionalidade, deverá impor limites à concreção dos valores abstratamente previstos pelo legislador, no entanto, haverá de fazê-lo mediante uma responsável valoração da situação fática, harmonizando os “fins da lei” com os “fins que serão atingidos com a sua aplicação ao caso concreto” e mantendo-se, assim, a restrição de direitos fundamentais dentro dos limites da Constituição¹⁰⁴.

Dessa forma, asseveram os autores que a Lei de Improbidade Administrativa é desnecessária à preservação da probidade administrativa quando esta não é sequer ameaçada pelo comportamento do agente, sendo passível, eventualmente, de outros tipos de sanções administrativas, como a advertência¹⁰⁵.

101 *Ibidem*, p. 269. No mesmo sentido, GARCIA e ALVES trazem os exemplos do agente público que anota um recado de ordem pessoal em folha da repartição, que recebe um confeito de um particular ou, ainda, utiliza-se de um grampo do órgão público para prender documentos pessoais, hipóteses em que, segundo os autores, haveria “flagrante desproporção entre a conduta do agente que viole os princípios norteadores de sua atividade e as consequências que adviriam da aplicação indiscriminada da Lei n. 8.429/1992” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 169).

102 OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 268.

103 BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 338-339.

104 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 170.

105 *Ibidem*, 2017, p. 170. No ponto, veja-se a manifestação de BLANCHET e GABARDO: “E o princípio da mínima intervenção? Será que ele é só do Direito Penal, que é fragmentário? Parece que não. Esse caráter subsidiário do

Na jurisprudência, enfim, consolidando a aplicabilidade do princípio em tela, oportuna a menção ao seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREGÃO PÚBLICO: COMPRA DO BEM, DE TERCEIRO AUSENTE DO CERTAME, POR R\$ 0,70 ABAIXO DO LANCE VENCEDOR, DE R\$ 468,70 - INSIGNIFICÂNCIA.

1. “De minimis, non curat praetor”. A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.

2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.

3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais.

Direito Penal também se impõe às ações de improbidade administrativa e ao Direito Administrativo sancionatório como um todo. As ações de improbidade administrativa não são para qualquer tipo de objeto que se enquadre genericamente nos seus extremamente abertos tipos, se é que se pode falar em tipos no *caput* de cada um daqueles incisos da Lei de Improbidade. E na verdade isso tem sido reconhecido em geral pela doutrina, tanto é que já se tornou um brocardo comum aquela expressão de que a Lei de Improbidade ‘serve para o administrador desonesto não para o inábil’. Esta expressão retrata justamente a ideia de mínima intervenção ou intervenção subsidiária.” (BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, p. 133-134).

4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.

5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância.

6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância.

7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa - ou a consideração direta da própria moralidade pública - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião.

8. Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPIA – “A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público” -, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos.

9. Precedentes do STF e do TSE.

10. Rejeição da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, por inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa).

11. Provimento ao agravo de instrumento de uma das indicadas como rés e adoção da providência, de ofício, em relação aos demais¹⁰⁶.

A tese da insignificância também foi

¹⁰⁶ TRF3, Agravo de Instrumento 0038686-27.2009.4.03.0000, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal FÁBIO PRIETO, e-DJF3 09/12/2010.

acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.536.895/RJ, que tratava de um peculiar caso de “contribuição do Município do Rio de Janeiro para construção de uma pequena igreja dedicada à devoção de São Jorge, na periferia da Cidade do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 150.000,00”¹⁰⁷.

No caso em tela, para além das argumentações relativas à importância social do ato da Administração Pública carioca, a inexpressividade da conduta foi alçada em cento e cinquenta mil reais, de forma bem distante dos valores em regra considerados nos crimes de bagatela (em geral uma porcentagem do salário mínimo¹⁰⁸). Enquanto no Mandado de Segurança nº 21.715, julgado pelo mesmo tribunal, ao qual compete a uniformização da jurisprudência, valores bem inferiores não foram considerados irrisórios¹⁰⁹. Ademais, houve hipótese em que o Tribunal Superior sequer analisou a matéria da ausência de dano ao patrimônio público ou sua irrelevância eco-

nômica¹¹⁰, com esteio no enunciado da súmula nº 7 do STJ¹¹¹.

Assim, como já esboçado alhures, um problema que surge com a adoção do princípio da insignificância, seja em matéria penal ou administrativa sancionadora, é a verificação de suas hipóteses de aplicação, ou seja, quais seus limites efetivos de incidência nos casos concretos, conduzindo à questão de quais seriam os critérios para afirmar a lesividade de uma conduta a ponto de qualificá-la como ímproba ou não, sob os ditames da segurança jurídica que deve reger a matéria.

Tornando ao Direito Penal, vale anotar que não existe previsão legislativa específica, que não só acolha o princípio da insignificância como venha a traçar parâmetros objetivos para sua aferição, sobretudo se consideradas as inúmeras peculiaridades de cada caso concreto.

Como observa COSTA, nos furtos de pequena monta, a aplicação do princípio da insignificância é fonte de intenso conflito jurisprudencial, com pontos de divergência como:

[...] qual o valor a ser considerado como parâmetro para a aplicação do princípio; se o valor da coisa é o único critério a ser analisado para verificar a relevância da conduta; se o princípio pode ser aplicado quando o suposto autor do crime é reincidente ou possui maus antecedentes¹¹².

Contudo, a jurisprudência, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, incumbiu-se de desenvolver requisitos de aplicação na seara criminal, sintetizados em quatro itens: a) mínima ofensividade da conduta, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) reduzido grau

107 STJ, REsp 1.536.895/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 08/03/2016.

108 A título exemplificativo, “o valor dos bens subtraídos não pode ser considerado ínfimo de modo a caracterizar a conduta como minimamente ofensiva. Conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, ‘os bens subtraídos foram avaliados em 225,00 (duzentos e vinte e cinco reais), aproximadamente 65% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 350,00), não havendo que se falar em irrelevância da conduta’. Precedentes. 6. Ordem denegada” (STF, HC 120.083/SC, Segunda Turma, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 06/08/2014)

109 “Quanto à gravidade da infração, as condutas reprovadas e os prejuízos causados foram os seguintes: irregularidades nos processos de concessão de auxílio financeiro ao Índio no valor de R\$ 27.000,00; realização de eventos sem comprovação da utilização do referido auxílio financeiro; apropriação de um aparelho de telefonia móvel IPHONE 46 1608 adquirido pela FUNAI; e recebimento irregular de diárias (fl. 7.822/e-STJ). Logo, não se pode considerar irrisório o prejuízo causado e nem mesmo leve a gravidade da conduta.” (STJ, MS 21.715/DF, Primeira Seção, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).

110 STJ, REsp 1.074.090, Primeira Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 02/12/2009.

111 Súmula nº 7 do STJ – “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

112 COSTA, Helena Regina Lobo da. Do furto. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal – jurisprudência em debate*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 245.

de reprovabilidade do comportamento, e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada¹¹³.

Esses elementos caracterizados no acórdão, que remontam ao paradigmático *Habeas Corpus* nº 84.412, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, e que seriam fonte de atipicidade material, podem, segundo BLANCHET e GABARDO:

[...] resolver vários problemas no tocante a esse assunto, impedindo, portanto, que continue sendo reconhecida essa hipótese de que o Direito Administrativo não combina com o princípio da tipicidade¹¹⁴.

De fato, somando-se a análise característica do juízo de proporcionalidade que deve reger a atividade estatal sancionatória aos critérios anteriormente mencionados, tem-se um relevante paradigma para a matéria, fazendo com que a insignificância não permaneça adstrita à expressão econômica da conduta, avançando para uma visão mais global da lesividade do ato praticado.

5 Considerações finais

Partindo do quanto exposto neste artigo, tem-se que, apesar de suficientemente consolidada a noção de tipicidade formal no âmbito da improbidade administrativa – em

que pesem as inegáveis dificuldades quanto à tipificação aberta e genérica da Lei nº 8.429/1992 –, o mesmo não pode ser afirmado quanto à aplicação da tipicidade material, bem como de suas correlatas lesividade/ofensividade e insignificância.

Com efeito, muito embora se perceba, pontualmente, a necessidade de impor limites materiais à atuação sancionatória de improbidade administrativa – seja porque a punição indiscriminada de atos irrisórios sobrecarrega o sistema judicial e leva ao descrédito do mecanismo punitivo, ou mesmo em face da realidade desproporcional de alguns casos de lesão ínfima que podem ser objeto de reprimendas extremamente gravosas –, tem-se, na maioria das vezes, a assunção de um dever de reprimir qualquer ofensa ao valor absoluto da moralidade administrativa.

É uma visão que enxerga, na aplicação monolítica do instrumental trazido pela Lei nº 8.429/1992, a solução para melhoria da Administração Pública, extirpando de suas fileiras qualquer um que indique possibilidade de desvio, por menor que este venha a se revelar. Algo parecido já foi e ainda é buscado com o ferramental do Direito Penal, na esperança do efeito dissuasório das reprimendas duras aplicadas aos agentes públicos desviantes.

No entanto, muito embora não se negue a relevância dessa perspectiva ou se entoe uma proposta abolicionista, há muito é conhecido que a aplicação desmesurada do Direito, sobretudo sancionatório, pode conduzir a injustiças substanciais. Dessa forma, o presente artigo buscou destacar a relevância do princípio da insignificância como instrumento de efetivação da proporcionalidade que deve reger as sanções aplicadas pelo Estado.

O que se espera, sem a pretensão de encerrar a discussão, é que tenham sido fornecidos elementos à constante ampliação do debate e à consolidação dos critérios da tipicidade formal e tipicidade material na análise das condutas descritas pela Lei de Improbidade Administrativa.

113 STF, HC 135.404/PR, Segunda Turma, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 02/08/2017. Para uma visão mais compassada sobre cada um dos critérios, vide CUCINELLI (CUCINELLI, Otávio Henrique Simão e. *Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa*. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2015, p. 47-53). De outra face, com critérios mais restritivos, a doutrina de NUCCI (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 181-182).

114 BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, p. 135.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JÚNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa*: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 311-341.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal – parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Do furto. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal – jurisprudência em debate*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUCINELLI, Otávio Henrique Simão e. *Da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa*. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. As penas na lei de improbidade administrativa: análise dos seus principais aspectos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 274, ano 42, p. 343-382, dez. 2017.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 187-211, jan./mar. 2014.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. In: *Seleção histórica da Revista de Direito Administrativo*: 50 anos de Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*: direito material e processual. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na lei nº 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 258-272, 1999.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Título I – Da aplicação da Lei Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 11-43.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de direito penal brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997, t. I.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 219-235, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. *O princípio da ofensividade como complemento à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Associado Alamiro Velludo Salvador Netto, São Paulo, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

Introdução aos fundamentos e modos de defesa da livre concorrência



Tiago Bitencourt De David

Juiz Federal Substituto – Terceira Região. Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil (Escola Verbo Jurídico). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla - La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha). Bacharel em Filosofia (UNISUL).

RESUMO: O presente estudo aborda os fundamentos e os meios pelos quais tutela-se a livre concorrência no Brasil. A análise busca uma apresentação das razões pelas quais, em um diálogo entre Direito e Economia, justifica-se a proteção normativa da possibilidade de concorrência e a identificação dos instrumentos pelos quais os diversos ramos do Direito resguardam o desempenho da livre iniciativa. Ao longo do estudo revela-se como a tutela da concorrência é levada a efeito não apenas pelo CADE, mas igualmente pelo Poder Judiciário em diversas áreas do Direito, podendo inclusive decorrer de uma provocação pelo próprio prejudicado.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência. Poder econômico. Consumidor. Eficiência.

A Constituição Federal e o sistema jurídico como um todo balizam normativamente a atuação dos agentes econômicos, de modo a delimitar um espaço de atuação legítimo para tanto. Como aduz Paula Forgioni¹, a própria formação do mercado é dependente do Direito, especialmente da disciplina jurídica da propriedade e do contrato.

O mercado é, assim, ordenado externamente pelo Direito (*taxis*), deixando de submeter-se apenas a uma ordem natural, espontânea e que só conhece limites intrínsecos (*cosmos*), conforme observa Judith Martins-Costa².

O Estado não tem, na conformação que lhe confere a Constituição Federal, a função de produtor de bens e de fornecedor de serviços cuja produção e prestação é feita, em regra, pelos particulares, sob o regime de livre iniciativa. Apenas excepcionalmente a Constituição Federal outorga ao Estado a função produtiva de bens e serviços (art. 173).

Por outro lado, a intervenção normativa do Estado, disciplinando a iniciativa dos particulares dá-se intensa e amplamente por força de diversos imperativos constitucionais, sob variadas formas e por diversas razões. O sistema jurídico veda e inclusive criminaliza determinadas transações econômicas (p. ex. tráfico de drogas), regula determinados setores, por exemplo, em prol da saúde das pessoas, submetendo os produtores a regime

jurídico próprio e sob a fiscalização de agência específica para tanto e, ainda, protege o contratante vulnerável, tal como faz com os trabalhadores e consumidores. Às vezes, a intervenção estatal sequer obriga os particulares, limitando-se a induzir o comportamento mediante o oferecimento de incentivos para que ajam de determinado modo³.

Ainda não há uma tipologia das espécies de correção do exercício da liberdade e não parece que todas as causas de intervenção se reconduzam a fundamentação única. Sobre o assunto, revela-se especialmente interessante a distinção feita por Orlando Gomes e Elson Gottschalk entre as leis de ordem pública e as leis imperativas:

A rigor doutrinário, as leis de *ordem pública* não se confundem com as *leis imperativas*. Estas, como instrumento destinado a impedir o desvirtuamento do princípio da autonomia da vontade, decorrente da desigualdade econômica e social dos sujeitos do contrato de trabalho, podem proteger interesses privados. Aquelas, no que toca ao direito privado, seriam as que fazem as bases jurídicas sobre as quais repousam a ordem econômica ou moral de uma sociedade determinada (De Page). Protegem, nessa conformidade, *interesses públicos*⁴. (itálico no original)

1 FORGIONI, Paula. 20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Painel 1: contrato e antitruste. Reflexos das decisões do CADE no direito das obrigações. São Paulo, 30 e 31 out. 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=YUvQdBe_gvo. Acesso em: 13 set. 2020.

2 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 615-619.

3 Eros Roberto Grau distingue entre normas de direção (cogentes a determinar compulsoriamente comportamentos aos agentes econômicos) e normas de indução (dispositivas, que servem para pressionar os particulares a atuar de certo modo, mas não de atendimento compulsório). A taxonomia do doutrinador é mais ampla, abrangendo, ainda a intervenção por absorção ou participação (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 143-145).

4 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 130.



Fonte: www.freepik.com

Como visto, a intervenção normativa não se mostra única, sendo informada por diferentes razões e realizada de diversas maneiras, restringindo mais ou menos intensamente a liberdade do particular.

A ordem jurídica limita a atuação dos agentes econômicos, ainda, em favor da tutela da livre concorrência, combatendo o abuso do poder econômico, intervindo perante determinadas condutas que se afigurem prejudiciais ao desenvolvimento da livre iniciativa e da proteção devida ao consumidor.

Especificamente sobre os objetivos perseguidos pela legislação de defesa da concorrência, os mesmos devem ser examinados a partir do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988, cuja redação é a que segue:

Art. 173. [...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Do dispositivo constitucional depreende-se que se combate o abuso do poder econômico do qual resulte, alternativamente, a dominação do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário do lucro.

Assim, o poder econômico é o instrumento, o meio, que, utilizado abusivamente, viabilizaria um dos três resultados nocivos apontados pelo constituinte ao legislador infraconstitucional para que este disponha sobre o modo de coibição de tais fenômenos jurídico-econômicos.

Anoto, todavia, que a Lei Federal nº 12.529/2011, em seu artigo 36, IV, coloca o abuso de poder econômico como mais uma hipótese de infração à ordem econômica, proscrevendo tal forma de atuação por si só ainda que, comumente, seja o meio pelo qual se buscará um ou mais dos três estados de coisas que o constituinte mandou coibir. Cumpre ter em vista, ainda, a observação de Paula Forgioni ressaltando que:

Embora expressamente vedado, o abuso de posição dominante não vem definido em nossa lei, sendo considerados apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado⁵.

E a repressão do abuso de poder econômico de forma autônoma enseja a proscrição de certas condutas por si só, constituindo-se os ilícitos concorrenciais *per se*. Não que o acerto de tal opção político-legislativa seja indubitável⁶.

5 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 299.

6 Luciana Yeung, por exemplo, anota que a regra da razão pode revelar-se preferível em determinadas circunstâncias por estar mais consentânea com a análise econômica do Direito (YEUNG, Luciana. *Análise econômica do direito antitruste*. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito concorrencial: avanços e perspectivas*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 225) e Paula Forgioni, por sua vez, que às vezes os países admitem a formação de cartéis nacionais quando isso gera maior competitividade no mercado externo (FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 200-201), revelando claramente que deixar de combater comportamentos anticoncorrenciais é, tal como fazê-lo, a promoção de determinada política pública, inexistindo neutralidade tanto na repressão quanto na aceitação de tais práticas.

Como pontuam Gilberto Bercovici e José Maria Arruda de Andrade⁷, o constituinte reconheceu a inexistência de concorrência perfeita alcançada pelo livre mercado e prescreveu a necessidade de defesa da livre concorrência em face do abuso do poder econômico. Assim, protegeu o mercado da atuação de alguns *players* que nele atuam e que poderiam distorcer o funcionamento do mesmo, impactando negativamente o bem-estar social, especialmente aquele do destinatário final dos produtos e serviços. Afinal, o exercício ilimitado da liberdade por alguém enseja a supressão da liberdade de outrem.

E na ausência de intervenção jurídico-estatal sobre o agente econômico com poder suficiente para afastar a quantidade ofertada e adquirida daquele ponto onde as curvas de oferta e demanda se encontraria no caso de concorrência perfeita, os adquirentes consumiriam uma quantidade menor a preço mais elevado, gerando uma ineficiência econômica, deixando um tanto de potenciais consumidores sem acesso aos bens e aqueles que o adquirem, fazem isso com preço acima daquele que seria praticado em um cenário de concorrência efetiva. Como leciona Luciana Yeung:

É uma perda para a sociedade, pois agora ela consome menos e paga mais. Há uma redução na produção de bens, que pode implicar, inclusive em um menor grau de emprego de trabalhadores e de insumos, o que é claramente indesejável, em termos econômicos. A essa perda, os microeconomistas dão o nome de “peso morto”, que é a materialização da ineficiência gerada pela ausência de concorrência perfeita no mercado.

Em linhas gerais, este é o motivo de porquê o Direito Antitruste é necessá-

rio: para evitar a criação de ineficiência social, ou peso morto, no mercado⁸.

Conforme igualmente pontifica Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

O direito da concorrência visa, então, a garantir o processo econômico de escolha do mercado, proporcionando a difusão de informação a partir da diluição dos centros de poder. Trata-se de princípio instrumental à concretização dos objetivos constitucionalmente relacionados com a democracia econômica (Salomão Filho, 2003). A política de defesa da concorrência tem por finalidade prevenir a formação de poder de mercado e reprimir o seu exercício; a possibilidade de criação de peso e transferência de renda de clientes a produtores justifica a existência de um aparato institucional vocacionado a evitá-las.

No ordenamento jurídico brasileiro, a livre concorrência tem *status* constitucional e vai autorizar a intervenção do Estado na economia por meio do controle de concentrações e do combate a práticas anticompetitivas⁹. [...]

Assim, a concorrência foi protegida e erigida a princípio da ordem econômica (art. 170, IV, da CF/88) para que o poder econômico não seja óbice aos resultados profícuos de um mercado competitivo, a saber, a relação ótima entre a quantidade produzida e o preço pago.

7 BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito*: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 459-461.

8 YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito antitruste. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito concorrencial: avanços e perspectivas*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 222.

9 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 180.

A concorrência é tutelada em favor da eficiência que, por sua vez, tende a promover o bem-estar da população, prestigiando a dignidade humana, o valor do trabalho e da livre iniciativa ao permitir o maior acesso a bens e serviços pelo menor preço possível, bem como o acesso ao mercado por novos fornecedores, pela manutenção apenas dos *players* competitivos e incentivando a melhoria contínua por diversos meios, dentre os quais a inovação¹⁰. A defesa da concorrência assume, assim, caráter instrumental¹¹, sem que isso, de forma alguma, represente qualquer menoscabo de sua relevância.

A concorrência possui o condão de alo-car cada bem a quem estiver disposto a pagar mais por ele, de forma a estimular a inovação tecnológica e impedir o aumento arbitrário dos preços¹². Assim, a concorrência beneficia os consumidores de modo a possibilitar o aumento do consumo e melhorar a qualidade dos bens produzidos, sempre pressionando os preços para baixo.

Na ausência de concorrência, o consumidor torna-se refém do fornecedor, de modo a pagar um preço absurdo e sofrer com a falta de perspectiva de melhora na qualidade dos produtos e serviços. O monopólio implica, também, na exclusão de determinados consumidores que, em um cenário de efetiva concorrência, teriam acesso aos bens e serviços. Desse modo, nessas circunstâncias, uns pagarão mais caro e outros, nem isso farão¹³.

Quando há produto similar no mercado ou, pelo menos, um substituto próximo, a reação do consumidor ainda possui condições de pressionar o fornecedor que domina determinado seguimento, mas, às vezes, nem isso é possível.

Em algumas situações nem sequer haverá um substituto próximo, de modo a deixar o consumidor à mercê do monopolista. Conforme Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos¹⁴, quatro fatores alteram a elasticidade da demanda, fazendo com que o aumento do preço não represente uma diminuição da procura à mesma razão, ou seja, *coeteris paribus*, a saber, existência de bens substitutos, essencialidade do bem, importância do bem no orçamento e o horizonte de tempo.

Sobre a existência de bens substitutos, cabe aduzir que quantos mais bens substitutos houver no mercado, mais elástica a demanda. Acerca da essencialidade do bem, quanto mais essencial, mais inelástica a procura. No que tange ao peso do bem no orçamento familiar, deve ser dito que quanto maior, mais razões para o consumidor buscar bens similares. Por fim, o horizonte de tempo significa que a elasticidade da demanda tende a aumentar no tempo, vez que é natural que surjam produtos substitutos em face da situação de monopólio¹⁵.

Nessa linha, Fábio Nusdeo¹⁶ aduz que a rigidez da procura coloca o cidadão em situação extremamente desvantajosa em relação ao empresário, citando o exemplo do brasileiro que mesmo vendo aumentar o preço do feijão ele não migra para outros produtos alimentícios, bem como o russo que não troca o chá

10 MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o Direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005, p. 146; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020, p. 112-114.

11 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 92, 198 e 199 (dentre outras).

12 GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94.

13 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise eco-*

nômica do Direito. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020, p. 110.

14 VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 65.

15 *Ibidem*, p. 65-66.

16 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 144.

pelo café, independentemente do aumento dos preços. Da mesma forma, a rigidez da oferta também coloca em risco a concorrência, na medida em que a migração da produção de um bem para outro leva tempo, bem apondo Nusdeo¹⁷ o exemplo da transição entre o plantio de café para o de outra cultura.

A proteção da concorrência conecta-se, ainda, com diversos outros direitos e deveres fundamentais, sendo interessante a observação de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁸ de que aos trabalhadores também interessa a concorrência para que possam ter mais oportunidades de emprego e em melhores condições, tal como não ocorreria se apenas uma empresa tivesse o poder sobre todo determinado mercado de bens ou serviços.



Fonte: www.freepik.com

A tutela da concorrência guarda, também, correlação com a função social da propriedade, para que esta seja utilizada em harmonia com o bem-estar social. Isso ocorre toda vez que se adquire a propriedade com o fito, não de utilizá-la, mas de obstar que outro o faça. Interessante exemplo prático

é fornecido por Luiz A. Esteves¹⁹ acerca da aquisição de patentes pelos *patente trolls*, ou seja, daquelas empresas que adquirem patentes com o intuito de barganhar futuramente com outros agentes econômicos que efetivamente venham a desenvolver tal bem ou serviço decorrente da invenção ou modelo de utilidade patenteados, ou seja, são sociedades empresariais que adquirem patentes que não lucram com a efetiva disponibilização no mercado dos produtos ou serviços decorrentes de invenção ou modelo de utilidade patenteados, mas sim com a ameaça de processo judicial a quem o faça.

Note-se, todavia, que não é toda posição de dominância que gera a repulsa jurídica, bastando ver que no caso de inovação extraordinária uma empresa consegue, por certo tempo, uma posição de hegemonia no respectivo mercado, sem que haja qualquer ineficiência econômica provinda disso, pois simplesmente os demais produtos deixam de ser verdadeiros substitutos dada a inferioridade tecnológica. Por isso que a Lei Federal nº 12.529/2011, em seu artigo 36, § 1º, assim dispõe:

Art. 36. [...]

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Como bem aduzem Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau²⁰, uma compreensão realista da concorrência a aceitar sua natureza

¹⁷ *Ibidem*, p. 143-144.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 104.

¹⁹ ESTEVES, Luiz A. Concentração econômica, círculo vicioso e tragédia dos anticomuns: desafios para a análise econômica do direito no século XXI. In: ARAUJO, Luiz Nelson Porto; DUFLOTH, Rodrigo V. *Ensaio em law & economics*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 204.

²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020, p. 115.

dinâmica mostra que o problema não é a dominação em si de determinado mercado, desde que tal posicionamento não resulte da obstrução do ingresso de novos agentes econômicos naquele nicho. O monopólio decorrente da alta capacidade de inovação e que atenda efetivamente a demanda existente não é um fenômeno pernicioso a ser combatido. Até mesmo porque se revelar-se muito lucrativo, acabará por atrair novos competidores, de modo a revelar-se efêmera a dominação do mercado, ao passo que se o monopolista trabalhar com uma margem diminuta de lucro isso significará que não há mais espaço para atuação de outro *player* naquele mercado, mas não porque seja impedido de nele ingressar, mas porque não será interessante fazê-lo²¹.

A questão central reside na obstrução do mercado pelo próprio agente ou, ainda, pelo Estado²². O que se condena, assim, são as práticas horizontais (p. ex. cartel) ou verticais (limitação de acesso a fornecedores) que falseiam a concorrência ou que impedem o ingresso de novos agentes econômicos naquele mercado, mas não a existência por si só de um único ofertante de bens ou serviços.

Do mesmo modo que o monopólio não pode ser considerado estaticamente e repudiado por si só, o preço igual ou aproximado praticado por duas ou mais empresas não caracteriza cartel²³. Segundo o próprio Con-

selho Administrativo de Defesa Econômica (CADE):

É importante ressaltar que a mera constatação de preços idênticos não é, isoladamente, indício suficiente que aponte a existência de um cartel. São necessários, além de dados econômicos, indícios factuais de que há ou houve algum tipo de acordo ou coordenação entre os empresários do setor para aumentar ou combinar o preço dos produtos ou serviços ofertados. Alguns exemplos de provas já utilizadas para se caracterizar e punir cartéis foram atas de reuniões, escutas telefônicas, mensagens trocadas entre concorrentes, etc²⁴.

Igualmente, como bem pontua Paula Forgioni²⁵, não é a venda abaixo do custo que constitui a prática de preço predatório, bastando pensar na comercialização com desconto daqueles produtos na iminência do término do prazo de validade. Assim, a venda esporádica, adotada tendo em vista uma determinada necessidade do negócio e sem o fito de prejudicar a concorrência, não se constitui em ilícito anticoncorrencial.

Desse modo, a análise deve considerar vários elementos do caso concreto, considerando-se aspectos relativos à estrutura, à conduta e os efeitos da prática no mercado,

21 *Ibidem*, p. 115.

22 E aqui vem a calhar uma observação de Rachel Stajn (Nota 386a da tradutora in: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020, p. 117), a respeito da necessidade de um debate sobre a compatibilidade da defesa da concorrência com a concessão de estímulos governamentais, seja mediante empréstimos com juros subsidiados, seja pela participação do próprio Estado, dentre os quais fundos de previdência públicos.

23 Como aduzem José Inácio Gonzaga Franceschini e Vicente Bagnoli, inexistente uma definição legal de cartel, podendo o mesmo ser considerado “como o acordo entre concorrentes, ou seja, uma colusão horizontal entre agentes

econômicos que deveriam competir entre si, mas ao invés da disputa, promovem acertos para aumentar preços, reduzir a oferta de produtos, criar barreiras à entrada de novos concorrentes e eliminar outros já estabelecidos, enfim auferir vantagens que não conseguiriam dentro de um ambiente competitivo.” (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de direito empresarial*. Volume VII – direito concorrencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 564).

24 CADE. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*, 29 jan. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 13 set. 2020.

25 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018, p. 301.

sendo inviável considerar como geradora de ineficiência, isoladamente, apenas determinada dimensão da atuação do agente econômico, impondo-se uma análise do contexto e uma predição dos prováveis efeitos, especialmente, mas não exclusivamente²⁶, para o destinatário final dos bens e serviços, conforme inclusive aponta o artigo 88, § 6º, II, da Lei Federal nº 12.529/2011 na mesma linha, aliás, do revogado artigo 54, § 2º, da Lei Federal nº 8.884/1994.

A tutela da concorrência vem recebendo ainda a atenção de outros ramos do Direito, dentre os quais o Direito Tributário. Cada vez mais intensifica-se o apelo a que seja dispensado tratamento jurídico-legal diferenciado ao devedor contumaz que se vale da sonegação fiscal e/ou da inadimplência tributária reiterada para obter vantagem competitiva, arcando com menor custo do que seus concorrentes que cumprem as leis e pagam os tributos devidos.

Inclusive a proteção da livre concorrência foi lembrada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 550.769, quando rejeitou a pretensão do contribuinte de ver declarado inválido – por constituir-se sanção política – o cancelamento de registro especial necessário para a produção de produtos ligados ao tabaco. Do voto do Ministro-relator Joaquim Barbosa, extrai-se:

Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser

tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável²⁷.

A defesa e promoção da concorrência ocorre, ainda, pela via do Direito Civil, quando o agente econômico que se vê obstado em sua livre iniciativa por outrem busca a cessação da prática ilícita de outrem e/ou a indenização pelo prejuízo sofrido. Atualmente, tal possibilidade decorre do artigo 47 da Lei Federal nº 12.529/2011, *verbatim*:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Um exemplo de aplicação da autorização legal é o de uma farmácia que ingressa com ação judicial para que se declare nula cláusula de exclusividade firmada por grande rede de farmácias com determinada indústria farmacêutica. Nesse caso, a defesa da concorrência é feita por meio da exigência de cumprimento da função social do contrato que não pode servir de instrumento para obstar o acesso de outros agentes econômicos a determinado mercado.

Outro exemplo de violação que pode ser combatido por meio de ação judicial movida pelo prejudicado é o decorrente de situação na qual um supermercado que, tendo em vista a inauguração de um açougue no mesmo

26 Basta pensar na necessidade de proteção aos demais empresários que desejam atuar no respectivo mercado que precisam ser protegidos do fechamento do mesmo pelo detentor de poder econômico. Nessa linha, abordando profundamente a questão do monopólio, sob a égide da Lei Federal nº 8.884/1994: GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006, *passim*.

27 STF, Pleno, Recurso Extraordinário 550.769/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 22/05/2013, DJe 03/04/2014.

quarteirão, passa a vender carne abaixo do preço de custo, visando fulminar a subsistência do novo estabelecimento instalado em sua proximidade. Nesse caso, o açougue pode buscar o Poder Judiciário para que se ordene a cessação da prática predatória.

A via aberta pelo legislador no artigo 47 da Lei Federal nº 12.529/2011 independe de prévio reconhecimento pelo CADE de ocorrência de infração à ordem econômica, sendo o ilícito concorrencial passível de ser demonstrado e reconhecido diretamente perante o Poder Judiciário, inclusive por força do próprio dispositivo legal a consignar que a ação pode ser manejada independentemente de inquérito ou processo administrativo, até mesmo por força da garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88)²⁸.

28 No sentido defendido no texto: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial (direito de empresa)*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 238 e 239. Ainda que sem menção expressa à polêmica, parecem dispensar a manifestação do CADE: DUARTE, Filipe Ribeiro. As ações privadas no âmbito concorrencial brasileiro. *Migalhas*, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/241152/as-aco-es-privadas-no-ambito-concorrencial-brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2020; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75/68>. Acesso em: 13 set. 2020.

Em sentido integralmente oposto: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de direito empresarial*. Volume VII – direito concorrencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1.206.

Admitindo que o art. 47 (art. 29 da Lei Federal nº 8.884/1994) realmente admite que se proponha a ação independentemente de manifestação do CADE, podendo o Poder Judiciário emitir juízo sobre a eventual ilicitude da prática combatida, mas sustentando que seria prudente suspender o processo judicial e aguardar o posicionamento da autarquia, evitando, assim, entendimentos discrepantes: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 290-291.

A independência da cognição jurisdicional decorre não somente das garantias constitucionais pertinentes, mas também dos próprios pressupostos distintos da responsabilidade administrativa e da responsabilidade civil, de modo que resta bastante minimizado o risco de adoção de entendimentos efetivamente contraditórios.

Desse modo, vê-se que a defesa da concorrência não se restringe ao controle de atos de concentração e de infrações administrativas pelo CADE, alcançando, ainda, a tutela buscada pelos concorrentes, efetivos ou potenciais, em juízo, visando que se iniba a conduta ilícita e/ou se repare o dano experimentado pela prática anticompetitiva. Essa defesa da concorrência em juízo provocada por ação de outro agente econômico vem sendo conhecida como *enforcement* privado ou direito concorrencial privado.



Fonte: www.rawpixel.com

Igualmente ligada à defesa da concorrência é a proscrição da prática de venda casada consagrada pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. A venda casada revela-se iníqua ao consumidor porque acopla um bem ou serviço que não poderia não ser adquirido ou que somente o seria por preço inferior a outro que é efetivamente desejado, tornando mais dispendiosa a aquisição deste último em prejuízo do adquirente.

Basta pensar no condicionamento da aquisição de um imóvel à contratação conjunta de um serviço de despachante documental imobiliário. Se não houvesse a venda casada, o consumidor poderia contratar outro serviço de assessoria ou, ainda, nenhum, providenciando por conta própria o necessário para a transação.

A vedação de tal prática possui um outro aspecto, a saber, de natureza concorrencial, vez que se consubstancia em maneira de alterar, artificialmente, o ponto de encontro da oferta e da demanda do produto ou serviço acoplado, em detrimento daqueles que oferecem o bem no mercado, gerando uma oportunidade negocial que inexistiria em um ambiente de concorrência normal.

O fornecedor de bem ou serviço que concorre com o praticante de venda casada vê-se na situação de ter de concorrer não com alguém que simplesmente, tal como ele, oferece o produto ou serviço ao mercado, mas com quem entrega tal bem como decorrência da venda ou prestação de outro produto ou serviço. Se não houvesse a venda casada, o consumidor compraria um produto/serviço de um e o outro do outro fornecedor, prestigiando-se aquele ofertante que, em cada nicho, apresenta as condições mais favoráveis ao consumidor, sem a distorção das curvas de oferta e demanda que são, na verdade, duas, uma para cada produto/serviço. A venda casada falsifica a correlação entre oferta e demanda, transformando duas interações em uma só, prejudicando tanto o consumidor quanto aquele outro empresário que oferta o bem que outrem consegue empurrar ao cliente mediante o artifício da venda casada.

Da mesma forma, a necessidade de preservação e promoção de um ambiente econômico onde possa prosperar a livre iniciativa foi razão pela qual entendeu o Supremo Tribunal Federal²⁹, ao apreciar o *Habeas Corpus*

91.016, pela manutenção de prisão preventiva quando a liberdade do custodiado representava ameaça aos demais agentes econômicos. Decidiu-se que não é o poder econômico em si que justifica a prisão, mas a ameaça que a pessoa presa estava representando a outros comerciantes e trabalhadores, em prejuízo da livre concorrência, justificando-se, assim, enquanto garantia da ordem econômica (art. 312 do CPP), a restrição do direito de ir e vir do cidadão.

Assim, a defesa da concorrência, felizmente, vem extrapolando o âmbito relativo ao exame de atos concorrenciais e condutas à luz da Lei Federal nº 12.529/2011, alcançando outras searas do sistema jurídico que certamente muito têm a contribuir para promover a livre iniciativa e a proteção ao consumidor.

Desse modo, revela-se a necessidade de uma abordagem interdisciplinar e transdisciplinar para a adequada compreensão e delimitação da atuação legítima dos agentes econômicos e como a conduta em desconformidade com as normas de proteção concorrencial pode e deve ser reprimida.

29 STF, Primeira Turma, *Habeas Corpus* 91.016/SP, Relator Ministro Carlos Britto, j. 13/11/2007, DJe 09/05/2008.

Referências

- AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. Tradução de Lucas Farias Annes e Fernanda Girardi. Revisão da tradução: Cláudia Lima Marques e Fábio Morosini. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, jan./mar. 2003.
- BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 449-468.
- CADE. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*, 29 jan. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 13 set. 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial (direito de empresa)*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.
- DUARTE, Filipe Ribeiro. As ações privadas no âmbito concorrencial brasileiro. *Migalhas*, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/241152/as-acoes-privadas-no-ambito-concorrencial-brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2020.
- ESTEVES, Luiz A. Concentração econômica, círculo vicioso e tragédia dos anticomuns: desafios para a análise econômica do direito no século XXI. In: ARAUJO, Luiz Nelson Porto; DUFLOTH, Rodrigo V. *Ensaio em law & economics*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 193-208.
- FARJAT, Gerard. A noção de direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75/68>. Acesso em: 13 set. 2020.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula. *20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Painel 1: contrato e antitruste. Reflexos das decisões do CADE no direito das obrigações*. São Paulo, 30 e 31 out. 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=YUvQdBe_9v0. Acesso em: 13 set. 2020.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: 2018.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de direito empresarial*. Volume VII – direito concorrencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Stajn. São Paulo: Atlas, 2020.
- MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 615-619.
- MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o Direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Por que tutelar a livre concorrência? Notas sobre direito e economia na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito antitruste. *In*: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito concorrencial: avanços e perspectivas*. Curitiba: Prismas, 2018, p. 215-230.



Jurisprudência

Uniformização de jurisprudência



CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5011468-50.2020.4.03.0000¹

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CÍVEL
Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

Parte Autora: GENIVALDO DAS NEVES SOARES

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2020

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. VARAS FEDERAIS COM COMPETÊNCIA CÍVEL E PREVIDENCIÁRIA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA REGULARIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO A RESPEITO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO OU REVISÃO DE BENEFÍCIO DA SEGURIDADE SOCIAL. COMPETÊNCIA DA UNIDADE CÍVEL.

- Distinção entre casos em que a parte requer a concessão ou revisão de benefício previdenciário, solicitando provimento jurisdicional que altere juízo administrativo já realizado anteriormente ou o substitua a respeito de um determinado caso; e situações em que o pedido se adstringe a solicitar que a autoridade coatora ou o INSS emitam um juízo a respeito de um pedido anteriormente apresentado, sem que se cogite análise a respeito de qual será o seu conteúdo.

- Definir se a parte tem ou não direito a uma resposta tempestiva da administração pública a respeito de um pedido de benefício previdenciário não exige que se defina se há ou não direito ao próprio benefício previdenciário – análise essencialmente distinta e à qual, nessa linha de interpretação, fez-se referência ao adotar, no Provimento CJP-3R n.º 186/1999, o termo “*benefícios previdenciários*”, como discrimen entre os processos que seriam distribuídos às unidades previdenciárias e aqueles que permaneceriam sob processamento nas Varas Cíveis.

- A competência para o julgamento de feito em que se requer que autoridade administrativa aprecie processo administrativo relativo a benefício da seguridade social é de Vara Federal com atribuição para a matéria cível.

- Conflito negativo que se julga improcedente, para declarar a competência do juízo da 6.ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo.

- Proposta de edição de súmula, nos seguintes termos: “*Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário*”.

¹ No mesmo sentido, propondo edição de súmula com a mesma redação, vide: CC-Civ 5007270-67.2020.4.03.0000; CCCiv 5007899-41.2020.4.03.0000; CCCiv 5009212-37.2020.4.03.0000 e CCCiv 5010764-37.2020.4.03.0000.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, julgou improcedente o presente conflito, para declarar competente o juízo da 6.^a Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São, nos termos do voto da Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais NERY JÚNIOR, PAULO FONTES, ANDRÉ NEKATSCHALOW, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR e FÁBIO PRIETO. E, por maioria, aprovou a edição de súmula no sentido de que “Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.”, com fundamento no art. 107, § 1.º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, nos termos do voto da Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais NERY JÚNIOR, PAULO FONTES, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA, SOUZA RIBEIRO, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR e FÁBIO PRIETO. Vencido o Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW, que sugeria a seguinte redação para a súmula: “Ausente controvérsia sobre o cumprimento de requisitos de benefício previdenciário, compete à vara cível processar e julgar demanda sobre regularidade de processo administrativo previdenciário.” Ausente, justificadamente, o Desembargador Federal WILSON ZAUHY, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Conflito negativo de competência entre os juízos federais da 6.^a Vara Federal Cível e da 7.^a Vara Federal Previdenciária, ambas da Subseção Judiciária de São Paulo, nos autos de demanda em que se requer ordem mandamental para que a autoridade impetrada confira andamento a processo administrativo em que solicitado benefício previdenciário.

Distribuída a petição inicial do feito de origem ao juízo da 7.^a Vara Federal Previdenciária, sobreveio a seguinte decisão (Id. 131535701):

Vistos, em decisão.

Trata-se de Mandado de Segurança proposto em face de autoridade integrante da estrutura da Previdência Social objetivando compeli-la a apreciar requerimento formulado pelo segurado em sede administrativa.

Aduz, em síntese, ter sido ultrapassado o prazo legal para a apreciação do requerimento administrativo e que não pode ficar à mercê da administração por tempo indeterminado, até que seu pleito seja analisado.

Note-se que neste feito o impetrante não pretende a concessão ou revisão de benefícios previdenciários, mas unicamente o processamento de requerimento administrativo em prazo razoável.

Nessa perspectiva, evidencia-se a natureza administrativa, e não previdenciária do objeto,

considerando que o pedido deduzido no tem a finalidade de suprir *writ* judicialmente uma falha na prestação dos serviços públicos geridos pelo INSS.

Aos 17 de dezembro de 2019, o Órgão Especial do E. TRF da 3ª Região decidiu, em votação unânime, pela competência cível, e não previdenciária, do objeto tratado no presente feito: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO CONTRA DECISÃO DO INSS CONCESSIVA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRETENSÃO PARA IMEDIATA ANÁLISE DO PLEITO ADMINISTRATIVO. ATRAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

1. Se o mandado de segurança discute, como no caso, apenas o direito à razoável duração do processo, pelo fato de o INSS demorar na apreciação de pedido ou recurso, sem incursão no próprio mérito do benefício previdenciário concedido e impugnado na via administrativa, a competência para processar e julgar o *writ* não é da vara previdenciária, mas da vara cível, segundo a jurisprudência consolidada da Corte.

2. Conflito negativo de competência procedente”[1]

Segundo disposto no artigo 10 do Regimento Interno do TRF da 3ª Região: “A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa”.

Por sua vez, o parágrafo 2º assim estabelece:

“§ 2º - À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos ao direito público, ressalvados os que se incluem na competência da Primeira e Terceira Seções, dentre outros:

I - matéria constitucional, incluindo nacionalidade, opção e naturalização, excetuadas as competências do Órgão Especial, da Primeira e Terceira Seções;

II - licitações;

III - nulidade e anulabilidade de atos administrativos, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;

IV - ensino superior;

V - inscrição e exercício profissional;

VI - tributos em geral e preços públicos;

VII - contribuições, excetuadas as de competência da Primeira Seção.”

Por fim, o parágrafo 3º dispõe:

“§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção.”

Nessa linha de entendimento, foi estabelecida a competência da 2ª Seção para apreciação de objeto análogo:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DOMICÍLIO DO IMPETRANTE OU DO LOCAL DA SITUAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA. OBJETO DA AÇÃO QUE VISA TÃO SOMENTE À ANÁLISE PELO INSS DO PEDIDO ADMINISTRATIVO DENTRO DO PRAZO LEGAL, SEM ADENTRAR AO MÉRITO DO DIREITO DA PARTE AO BENEFÍCIO. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL E DESTA SEÇÃO.

1. Pretende a parte impetrante obter a análise e conclusão do requerimento administrativo de revisão de benefício previdenciário, protocolizado em 02.08.2018. Relata que não obteve resposta sobre a existência ou não do direito pleiteado.

2. Assim, por meio do presente mandado de segurança a impetrante não adentra à análise do seu eventual direito ao benefício.

3. Conforme decidido pelo C. Órgão Especial desta Corte, ‘se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção’.

4. Declínio da competência para a E. Segunda Seção deste Tribunal”.[2]

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETO DO ‘WRIT’ QUE VISA TÃO SOMENTE A ANÁLISE PELO INSS DO PEDIDO ADMINISTRATIVO DENTRO DO PRAZO LEGAL. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL.

1. Da narrativa exposta na petição inicial do mandado de segurança subjacente, verifica-se que o seu objeto é tão somente que o requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição seja analisado no prazo de 10 (dez) dias.

2. Assim, por meio do ‘writ’ a impetrante não adentra à análise do seu eventual direito ao benefício.

3. Conforme decidido pelo C. Órgão Especial desta Corte, ‘se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção’.

4. Declínio da competência para a E. Segunda Seção deste Tribunal”.[3]

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine à autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desrespeito aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos ‘analisar de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017’.

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança”.[4]

Ademais, corroborando a competência cível do tema, trago à colação julgados recentes da 4ª e 6ª Turmas, integrantes da Segunda Seção do TRF da 3ª Região:

“REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’.

3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos. 5. Remessa oficial improvida”.[5]

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE. LIMINAR QUE DEVE SER DEFERIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A Administração Pública tem o dever de ‘pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados’ (STJ, REsp 687.947/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 21/08/2006, p. 242), não sendo lícito ‘prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, *ex vi* dos arts. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 9.784/99’ (STJ, MS 13.584/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 26/6/2009). Em tais casos, a mora da Administração se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009 (STJ, MS 19.132/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/03/2017, DJe 27/03/2017).

2. Não havendo previsão específica, o prazo para a conclusão do processo administrativo deve ser aquele disposto no art. 49 da Lei nº 9.784/99, qual seja, 30 dias após a conclusão da instrução.

3. Na singularidade, a mora administrativa se comprova a partir do lapso de mais de trinta dias entre o protocolo do pedido de concessão do benefício previdenciário (ocorrido em 14.02.19) e a sua análise por parte da Administração, sem que esta apresentasse qualquer circunstância a justificar a demora, sobretudo diante do caráter alimentar do pleito.

4. Presente, pois, a probabilidade do direito invocado e perigo de dano, deve ser deferida a liminar pleiteada, determinando-se à autoridade impetrada que analise o pedido protocolado pela agravante no prazo máximo de 15 dias, contados da ciência formal desta decisão à representação judicial do INSS.

5. Agravo de instrumento provido”.[6]

“ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – DURAÇÃO RAZOÁVEL.

1. ‘A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’ – artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

2. No caso concreto, o requerimento do benefício de aposentadoria por idade foi protocolado em 8 de outubro de 2018. O mandado de segurança foi impetrado em 12 de abril de 2019, quando já superado o prazo legal para a conclusão da análise administrativa.

3. A demora no processamento é injustificada. Determinada a conclusão da análise administrativa no prazo de 30 (trinta) dias.

4. Agravo de instrumento provido, em parte”.[7]

“ADMINISTRATIVO. APRESENTAÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO NA APRECIÇÃO. ILEGALIDADE. ARTIGOS 48 E 49 DA LEI Nº 9.784/99. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA. OFENSA. *Mandamus* impetrado com o objetivo de compelir a autoridade impetrada a analisar pleito administrativo formulado pela impetrante, apresentado em 02/04/2018 e não apreciado até a data da presente impetração em 03/07/2018. A Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que: ‘Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada’. Desta feita,

nos termos da legislação de regência, a Administração possuía o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar o requerimento administrativo apresentado pela parte impetrante, desde que devidamente instruído, sendo certo, porém, que tal prazo não restou observado, conforme alhures mencionado. Neste contexto, diante dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência vazados na Constituição Federal, que impõem à Administração Pública pautar-se dentro dos limites desses mesmos princípios, e face à legislação de regência, de rigor a concessão da segurança pleiteada. Precedentes do C. STJ. Remessa oficial improvida”.[8] Ante o exposto, determinando a distribuição do processo a uma das varas cíveis DECLINO DA COMPETÊNCIA desta Subseção Judiciária da Capital. Intimem-se.

Redirecionada a demanda ao juízo da 6.^a Vara Federal Cível de São Paulo, restou suscitado o conflito negativo de competência, nos termos abaixo transcritos:

Vistos.

Cuida-se de ação de mandado de segurança com pedido de liminar originalmente distribuído à 7.^a Vara Previdenciária desta 1.^a Subseção Judiciária de São Paulo, impetrada por contra GENIVALDO DAS NEVES SOARES ato coator do Superintendente da CEAB - Reconhecimento de Direito da SR I - da Previdência Social, Instituto Nacional do Seguro social- INSS, objetivando a análise imediata de pedido administrativo de concessão do benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição, protocolado em 26/09/2019 sob nº 1350581840, uma vez que até a data da propositura da demanda não decisão por parte da autarquia federal.

Intimada a impetrante para comprovar o recolhimento de custas, apresentou comprovante à ID 28682073.

Postergada a apreciação da liminar para após a prestação de informações da autoridade coatora, o D. Juízo da 7.^a Vara Federal Previdenciária declarou incompetência daquela vara especializada para analisar o pedido da parte impetrante, por entender que o impetrante se limita a requerer o cumprimento do prazo legal pela autarquia federal, não se discutindo o mérito administrativo do indeferimento do pedido de benefício previdenciário.

É a síntese do necessário. DECIDO.

O suscitado alega que no caso dos autos se discute tão somente o direito da parte impetrante à razoável duração do processo, por deixar o INSS de cumprir os prazos legalmente assinados. Aduz, ainda, que, conquanto a parte impetrante objetive a concessão do benefício previdenciário, a ação restringe-se a determinar a análise imediata do recurso pela autoridade coatora, justamente por não cumprir os prazos da Lei n. 9.784/99.

É de se rememorar que as Varas Federais Previdenciárias têm competência para processos que versem sobre benefícios previdenciários, exclusiva nos termos do art. 3º do Provimento nº 228/2002, observado o art. 1º do Provimento nº 172/99.

No caso em comento, a parte impetrante requer seja determinado o pronunciamento da autarquia federal acerca do seu direito ao benefício previdenciário, como reconhece o requerido na r. decisão de ID 29174674.

Assim, com as devidas vênias, ousou discordar da decisão que declarou incompetência daquela unidade judiciária especializada, proferida pelo M.M. Juízo da 7.^a Vara Federal Previdenciária de São Paulo.

Pelo exposto, suscito o presente conflito negativo de competência perante o E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, com fulcro nos artigos 66, II c.c. art. 951, ambos do Código de Processo Civil.

Proceda a Secretaria, à vista do conflito de competência suscitado, à formação do instrumento, encaminhando-o àquela E. Corte com as homenagens deste Juízo.

Intime-se a parte autora para ciência.

Aguarde-se o julgamento em arquivo sobrestado.

Designado o juízo da 6.^a Vara Federal Cível de São Paulo para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (Id. 132177302).

Manifestação em que “o Ministério Público Federal deixa de se pronunciar quanto à questão de fundo, em face da ausência de interesse institucional que o justifique, nos termos dos artigos 127 e 129, inciso IX, da Constituição da República, e pugna pelo regular prosseguimento do Conflito” (Id. 133371873).

Considerando a existência de outros quatro conflitos sob esta relatoria, constantes da pauta, registrados sob n.ºs 5007270-67.2020.4.03.0000 (9.^a Vara Federal Cível x 3.^a Vara Federal Previdenciária), 5009212-37.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 9.^a Vara Federal Previdenciária), 5007899-41.2020.4.03.0000 (9.^a Vara Federal Cível x 9.^a Vara Federal Previdenciária) e 5010764-37.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 7.^a Vara Federal Previdenciária), em que discutida a mesma questão competencial, proponho sejam todos apreciados na forma do art. 138 do Regimento Interno desta Corte (“Processos conexos poderão ser objeto de um só julgamento.”).

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). A questão que se põe à decisão do dissídio consiste em firmar, à luz dos princípios que regem a matéria de divisão das atribuições jurisdicionais na Subseção Judiciária de São Paulo, se a competência para o julgamento de feito em que se requer que autoridade administrativa aprecie processo administrativo relativo a benefício da seguridade social é de Vara Federal com atribuição cível ou previdenciária.

Sob a perspectiva introdutória, a controvérsia diz respeito, portanto, à forma como distribuída a competência das unidades jurisdicionais localizadas no município de São Paulo, em particular quanto ao modo como especializadas em razão da matéria.

Nessa direção, dispõe o Provimento CJP-3R n.º 186/1999, quanto à competência das Varas Previdenciárias localizadas em São Paulo:

“Art. 2º - As varas federais implantadas terão competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários, recebendo, por redistribuição, o acervo dessa matéria existente nas varas cíveis da Subseção Judiciária da Capital, do Fórum Pedro Lessa.”

Nos termos do dispositivo em epígrafe, portanto, a competência das unidades judiciárias com atribuição cível foi excepcionada, de modo que casos relativos a benefícios previdenciários – inobstante tivessem, sob perspectiva geral, também natureza cível – fossem direcionadas às Varas Federais previdenciárias.

O que se discute, portanto, é se o termo “*benefícios previdenciários*” abrange ou não a hipótese em que a controvérsia trazida ao Poder Judiciário diz respeito apenas à regularidade de processo administrativo previdenciário. Em caso positivo, a competência é da Vara Previdenciária; na hipótese negativa, da Vara Cível.

No caso concreto, a parte ajuizou mandado de segurança cujo único objetivo é ver satisfeita a pretensão de que a autoridade responsável confira andamento a processo administrativo de benefício previdenciário.

Nesse sentido, o pedido formulado na inicial (Id. 131983252):

a procedencia do pedido, com a concessão do presente *writ*, impondo ao INSS a obrigação de fazer para que decida no procedimento administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição B-42, formulado pelo Impetrante no prazo de 10 dias, fixando-se penalidade de multa para caso de descumprimento da obrigação;

A casuística, portanto, permite subdividir, com razoável clareza, duas situações distintas em que manejadas ações mandamentais ou ordinárias relativas à concessão de benefícios previdenciários, em face tanto de autoridades coatoras administrativas, quanto da autarquia previdenciária: casos em que a parte requer a concessão ou revisão de benefício previdenciário, solicitando provimento jurisdicional que altere juízo administrativo já realizado anteriormente ou o substitua a respeito de um determinado caso; e situações em que o pedido se adstringe a solicitar que a autoridade coatora ou o INSS emitam um juízo a respeito de um pedido anteriormente apresentado, sem que se cogite análise a respeito de qual será o seu conteúdo.

A distinção é de relevo, porque, no primeiro caso, faz-se necessária análise quanto a se a parte tem ou não direito a um determinado benefício da seguridade social; ao passo que, no segundo, a análise se adstringe a se o jurisdicionado tem direito a um pronunciamento administrativo a respeito da matéria.

Assim, se na primeira hipótese incumbe ao juízo incursionar em análise quanto à matéria previdenciária – verificando, notadamente, se os requisitos dispostos na lei são satisfeitos pelo beneficiário, a exemplo da presença da qualidade de segurado ou de tempo de carência –, no segundo, a decisão cinge-se a tomar a controvérsia sob o viés administrativo, subtraindo-se da pretensão quaisquer denominadores previdenciários.

Em resumo, definir se a parte tem ou não direito a uma resposta tempestiva da administração pública a respeito de um pedido de natureza previdenciária não exige que se resolva se há ou não direito ao próprio benefício – análise essencialmente distinta e à qual, nessa linha de interpretação, fez-se referência ao adotar, no Provimento CJF-3R n.º 186/1999, o termo “*benefícios previdenciários*” como discrimen entre os processos que seriam distribuídos às unidades previdenciárias e aqueles que permaneceriam sob processamento nas Varas Cíveis.

Esse é o entendimento que prevalece, ausentes controvérsias a respeito, nesta Corte.

Nesse sentido, precedentes do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, em conflitos de competência que versavam sobre situações assemelhadas à presente:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO CONTRA DECISÃO DO INSS CONCESSIVA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRETENSÃO PARA IMEDIATA ANÁLISE DO PLEITO ADMINISTRATIVO. ATRAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

1. Se o mandado de segurança discute, como no caso, apenas o direito à razoável duração do processo, pelo fato de o INSS demorar na apreciação de pedido ou recurso, sem incursão no próprio mérito do benefício previdenciário concedido e impugnado na via administrativa, a competência para processar e julgar o *writ* não é da vara previdenciária, mas da vara cível, segundo a jurisprudência consolidada da Corte.

2. Conflito negativo de competência procedente.”

(TRF3, CC n.º 5020324-37.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, Órgão Especial, j. 17.12.2019)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA CONTROVERTIDA DE NATUREZA JURÍDICA ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE O INSS EM RAZÃO DA DEMORA OU OMISSÃO EM SUA ANÁLISE. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL FEDERAL.

1. Nos termos do Provimento n. 186/1996 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, as varas previdenciárias da Capital têm competência exclusiva nas ações de benefícios previdenciários.
2. O Regimento Interno desta Corte estabelece que a competência interna define-se de acordo com a matéria e natureza da relação jurídica litigiosa, razão pela qual nem toda controvérsia acerca de atos praticados pelo INSS insere-se na competência da 3ª Seção.
3. O INSS, ao demorar ou deixar de analisar a impugnação administrativa, tal fato corresponde a um problema de administração e eficiência do serviço público, o que insere-se na competência das Varas Federais Cíveis, por não se constituir a natureza jurídica da relação litigiosa previdenciária e sim administrativa.
4. As Turmas desta Corte que compõem a 2ª Seção, que é a competente para julgar demandas de direito administrativo, analisam questões idênticas aos presentes autos, demonstrando que refogem da atribuição da 3ª Seção, conforme os seguintes julgados: TRF3, AMS 0002304-852011.4.03.6104, 3ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, e-DJF3 Judicial 1 data:04/03/2013; TRF3, AI 0039038-14.2011.4.03.0000, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, e-DJF3 Judicial 1 data:24/05/2012; TRF3, AI 0029931-43.2011.4.03.0000, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/11/2012.
5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitado (Juízo da Vara Cível Federal).” (TRF3, CC n.º 0002538-75.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, Órgão Especial, j. 10.4.2013)

O mesmo entendimento encontra-se exposto em decisões deste Órgão Especial ao tratar da questão sob a perspectiva da análise recursal em casos como o que aqui se examina, firmando-se a competência da 2ª Seção desta Corte – que detém atribuição cível subsidiária (art. 10, § 2.º, do Regimento Interno desta Corte), em paralelo às Varas Federais Cíveis –, e não da 3ª Seção, a que compete julgar os feitos de natureza previdenciária (art. 10, § 3.º, igualmente do RI-TRF3):

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine à autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desrespeito aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nilton dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).
2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos ‘análise de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017’.
3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança.” (TRF3, CC n.º 5007662-41.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 12.6.2019)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DÉCIMA TURMA x QUARTA TURMA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO VOLTADO A COMPELIR O INSS A EXAMINAR REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. WRIT QUE TEM POR OBJETO A FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO GERIDO PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONCESSÃO OU REVISÃO DE BENEFÍCIO. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA E. SEGUNDA SEÇÃO. CONFLITO PROCEDENTE.

I - O E. Órgão Especial desta Corte, em julgamentos anteriores, firmou o entendimento de que compete às Turmas da E. Segunda Seção o julgamento de mandados de segurança impetrados com o objetivo de compelir o INSS a apreciar requerimentos formulados pelos segurados em sede administrativa.

II- Nestes casos, o pedido deduzido no writ tem a finalidade de suprir, judicialmente, uma falha na prestação do serviço público gerido pelo INSS, de modo que o objeto da ação ostenta natureza administrativa, e não previdenciária, tendo em vista que não se pretende, em Juízo, a concessão ou revisão de benefícios previdenciários.

III – Precedentes deste E. Órgão Especial: CC nº 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Junior, v.u., j. 11/04/18, DJe 19/04/18; CC nº 0002538-75.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 10/04/13, DJe 18/04/13.

IV - Conflito de competência procedente.”

(TRF3, CC n.º 5008830-15.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, Órgão Especial, j. 15.4.2019)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do *mandamus*. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.”

(TRF3, CC n.º 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, Órgão Especial, j. 11.4.2018)

Em atenção à jurisprudência formada, cite-se o seguinte declínio de competência, em julgado da 3.^a Seção desta Corte:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DOMICÍLIO DO IMPE-
TRANTE OU DO LOCAL DA SITUAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA. OBJETO DO
‘WRIT’ QUE VISA TÃO SOMENTE À ANÁLISE PELO INSS DO PEDIDO ADMINISTRATIVO
DENTRO DO PRAZO LEGAL, SEM ADENTRAR AO MÉRITO DO DIREITO DA PARTE AO
BENEFÍCIO. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTE
DO ÓRGÃO ESPECIAL

1. Da narrativa exposta na petição inicial do mandado de segurança subjacente, verifica-se que o seu objeto é tão somente que o requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição NB 184.096.040-7 seja analisado com a devida celeridade, dentro do prazo legal, alegando a impetrante que já ultrapassado há muito aquele prazo sem que o INSS conclua a análise de seu pleito.

2. Assim, por meio do ‘writ’ a impetrante não adentra à análise do seu eventual direito ao benefício.

3. Conforme decidido pelo C. Órgão Especial desta Corte, ‘se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da

razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção’.

4. Declínio da competência para a E. Segunda Seção deste Tribunal.”

(TRF3, CC n.º 5017791-42.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, 3.ª Seção, j. 18.7.2019)

Por fim, como se depreende dos julgados que seguem, colhidos a título exemplificativo, a questão é sistematicamente objeto de análise pelas Turmas vinculadas à 2.ª Seção do Tribunal:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.”

(TRF3, RemNecCiv n.º 5006365-74.2019.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, 3.ª Turma, j. 1.6.2020)

“REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. O artigo 5º em seu inciso LXXVIII, da Constituição Federal, estabelece como direito fundamental a duração razoável do processo tanto administrativo como judicial com o objetivo de atender adequadamente as necessidades sociais. A omissão administrativa configura afronta à regra legal e aos princípios administrativos preconizados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

2. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. *In casu*, tendo em vista que o impetrante requereu benefício assistencial ao idoso em 07/11/2018 (id 123216413 - pág. 4), e pelo fato de que o presente *mandamus* foi ajuizado em março de 2019, é de se ver que a autoridade coatora, sem dúvida, ultrapassou o prazo estabelecido na supracitada lei.

5. Os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer ao princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

6. Remessa oficial desprovida.”

(TRF3, RemNecCiv n.º 5002907-49.2019.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, 4.ª Turma, j. 1.6.2020)

“MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - DURAÇÃO RAZOÁVEL.

1. ‘A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’ – artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

2. No caso concreto, a demora no processamento é injustificada.

3. A r. sentença concedeu a segurança para determinar a análise do requerimento. O prazo estabelecido é razoável.

4. Remessa oficial improvida.”

(TRF3, RemNecCiv n.º 5000543-33.2018.4.03.6121, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, 6.ª Turma, j. 7.5.2020)

Vejam-se, nesse exato mesmo sentido, os seguintes precedentes colhidos nos colegiados da 2.ª Seção do TRF3: 3.ª Turma, RemNecCiv n.º 5003851-62.2017.4.03.6105, Rel. Des. Fed. Mairan Júnior, j. 21.2.2020; RemNecCiv n.º 5000733-92.2019.4.03.6110, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 8.5.2020; RemNecCiv n.º 5000315-94.2019.4.03.6130, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 3.6.2020; 4.ª Turma, RemNecCiv n.º 5004831-94.2018.4.03.6130, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 26.5.2020; ApelRemNec n.º 5004222-15.2019.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. 1.6.2020; RemNecCiv n.º 5015840-12.2019.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Monica Nobre, j. 18.5.2020; 6.ª Turma, ApReeNec n.º 5001516-36.2019.4.03.6126, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, j. 20.9.2019; AI n.º 5016017-40.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Antonio di Salvo, j. 25.1.2020; ApelRemNec n.º 5006581-35.2019.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, j. 7.5.2020.

Dessa forma, de rigor que se reconheça na hipótese a competência da 6.ª Vara Federal Cível, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, julgando, portanto, improcedente o conflito de competência.

Para além da análise do caso concreto e à vista, de um lado, da convergência de entendimentos nesta Corte, e, de outro, da existência de divergências a respeito em primeiro grau de jurisdição, que têm ensejado a multiplicação de conflitos de competência (do que são exemplo os cinco casos idênticos apresentados nesta sessão) e a desnecessária e indesejável paralisação de feitos judiciais em que tratadas controvérsias de caráter alimentar, propõe-se, nos termos da fundamentação a seguir, a adoção de providência por este Órgão Especial, notadamente a edição de súmula do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, pacificando-se o ponto.

De início, cabe referir que o Código de Processo Civil estabeleceu, em seus arts. 926 e 927, sistemática de precedentes vinculantes, capaz de fazer frente a situações tais como a que aqui se apresenta:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Há, portanto, três mecanismos à disposição das Cortes Regionais, pelo Código de Processo Civil, para solucionar esse tipo de situação: que se suscite incidente de assunção de competência, consoante art. 947, § 1.º; que se suscite incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme art. 977, incisos I a III, e mais a possibilidade de edição de súmula a respeito, nos termos do art. 926, § 1.º.

Ocorre que tanto no incidente de assunção de competência quanto no de resolução de demandas repetitivas, o Código de Processo Civil estabelece mecanismos com o objetivo de que sejam dirimidas controvérsias sobre questões de direito – hipótese que não está aqui presente, uma vez que, como exposto acima, inobstante divergências em 1.º grau de jurisdição, o entendimento no âmbito desta Corte é absolutamente pacífico na direção do firmado no presente conflito.

Torna-se desnecessária, assim, a adoção dos procedimentos estabelecidos no Código de Processo Civil quanto aos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, uma vez que a providência que aqui se pretende não é a de se dirimir determinada controvérsia, mas antes de se fixar, em verbete sumular, um entendimento já pacificado nesta Corte, de modo a ser observado pelos magistrados da 3.ª Região.

A viabilidade de se editar enunciado sumulado encontra-se disposta no art. 107, § 1.º, do Regimento Interno desta Corte:

“Art. 107 - A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada em Súmula do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário.

§ 1º - Será objeto de Súmula o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Órgão Especial ou Seção, em incidente de assunção de competência. Também poderão ser inscritos nas Súmulas os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes do Tribunal, em um julgamento, ou por maioria absoluta, em dois julgamentos concordantes, pelo menos.”

Depreende-se dos dispositivos que a edição de súmula por esta Corte segue sistemática que, atualizada pelo novo Código de Processo Civil, exige, de um lado, a convergência de entendimentos no Tribunal, de modo que o enunciado reflita posição já consolidada, e, de outro, a utilidade de que esse posicionamento seja exposto no verbete.

Quanto ao primeiro ponto, como exposto nos precedentes transcritos na oportunidade em que fundamentada a procedência deste conflito de competência, o entendimento aqui fixado – qual seja, o de que compete às unidades com atribuição cível o julgamento de processo em que se requer a análise de requerimento administrativo por parte de autoridade previdenciária – é incontroverso no Tribunal Regional Federal da 3.^a Região.

Com efeito, esse é o posicionamento consolidado após julgamento por unanimidade de votos neste Órgão Especial, em precedentes que abrangem os anos de 2013 (CC n.º 0002538-75.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 10.4.2013) a 2019 (CC n.º 5020324-37.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 17.12.2019).

Tal compreensão é também adotada por este colegiado ao reconhecer a competência da 2.^a Seção para a análise recursal da matéria (CC n.º 5007662-41.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 12.6.2019; CC n.º 5008830-15.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, j. 15.4.2019; TRF3, CC n.º 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.4.2018).

Nesse sentido, ademais, as Turmas vinculadas à 2.^a Seção, de forma uníssona, analisam feitos tais como o presente (citam-se, entre tantos, os seguintes precedentes: RemNecCiv n.º 5006365-74.2019.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, 3.^a Turma, j. 1.6.2020; RemNecCiv n.º 5002907-49.2019.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, 4.^a Turma, j. 1.6.2020; RemNecCiv n.º 5000543-33.2018.4.03.6121, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, 6.^a Turma, j. 7.5.2020).

Por sua vez e, relativamente ao segundo ponto, cabe ter como referência que o Código de Processo Civil inovou ao prever os entendimentos aos quais se encontram vinculados os juízos, dentre eles as orientações do “plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, aqui passíveis de serem consolidadas em verbete, consoante já transcrito acima:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

A referência é importante porque, como afirmado, inobstante não existirem divergências a respeito da matéria no âmbito desta Corte, os conflitos se multiplicam em primeiro grau de jurisdição, ensejando situação de insegurança jurídica e morosidade, que se vê conveniente solucionar mediante a edição do verbete.

Com efeito, por um lado, mediante a edição de súmula, tem-se por vinculados os juízos de primeiro grau a respeito do entendimento – que, por ora, expressa-se apenas em precedentes não vinculantes – evitando-se, destarte, que processos judiciais permaneçam sobrestados no aguardo de solução cuja resposta já é conhecida, a julgar pelo caráter uniforme da jurisprudência desta Corte.

Convém não olvidar que a hipótese subjacente aos casos em que a controvérsia competencial tem surgido merece particular atenção. Isso porque a parte vem a juízo reclamar precisamente da morosidade da administração na análise de pleito de caráter previdenciário, o qual, por sua vez, frequentemente tem cunho alimentar e/ou pertine a grupos vulneráveis,

notadamente menores, indivíduos incapazes ou idosos, aspectos que recomendam solução rápida à questão.

Assim, tomando-se de forma exemplificativa, o mandado de segurança originário do presente conflito foi impetrado por parte que solicitou, administrativamente, em 16.9.2019, benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição.

Vê-se, portanto, tratar-se de caso sensível, porquanto versa sobre benefício alimentar destinado à subsistência de pessoa que já enfrenta a morosidade da máquina administrativa, no sentido de lhe fornecer uma resposta – até para que, se o caso, possa mobilizar as vias jurisdicionais cabíveis.

Trata-se, assim, de quadro fático – repetido em outras demandas semelhantes – que recomenda análise rápida por parte do Poder Judiciário, a qual tem sido inviabilizada pela existência de conflitos de competência entre as unidades cíveis e previdenciárias, que redundam, de forma inevitável, em um maior tempo de tramitação de processos judiciais, os quais permanecem sobrestados até decisão desta Corte.

Sob outro aspecto, a edição de súmula também dinamiza o julgamento dos conflitos de competência nesta Corte, porquanto viabiliza a sua análise monocrática, nos termos do art. 955, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil:

“Art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em:

I - súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal.”

Cumprе mencionar, a esse propósito, que pesquisa não exаustiva realizada no sistema de tramitação processual do TRF3 indica a existência de significativo número de conflitos de competência semelhantes ao presente em tramitação atualmente, os quais poderiam ser resolvidos sem a análise colegiada, aplicando-se o entendimento – reitere-se, pacífico – em prol da tramitação dos processos originários e da rápida solução das controvérsias subjacentes.

Assim, citem-se, a título exemplificativo, os seguintes conflitos de competência, todos versando sobre a mesma controvérsia e atualmente em tramitação perante este Órgão Especial: 5014677-27.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 9.^a Vara Federal Previdenciária), 5013961-97.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 10.^a Vara Federal Previdenciária), 5013963-67.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 7.^a Vara Federal Previdenciária), 5013969-74.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 3.^a Vara Federal Previdenciária), 5013971-44.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 3.^a Vara Federal Previdenciária), 5014097-94.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 9.^a Vara Federal Previdenciária), 5014104-86.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 7.^a Vara Federal Previdenciária), 5014110-93.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 5.^a Vara Federal Previdenciária), 5014280-65.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 1.^a Vara Federal Previdenciária), 5014285-87.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 7.^a Vara Federal Previdenciária), 5014296-19.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 6.^a Vara Federal Previdenciária), 5014368-06.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 3.^a Vara Federal Previdenciária), 5014491-04.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 1.^a Vara Federal Previdenciária),

5014493-71.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 1.^a Vara Federal Previdenciária), 5013961-97.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 10.^a Vara Federal Previdenciária), 5013963-67.2020.4.03.0000 (6.^a Vara Federal Cível x 7.^a Vara Federal Previdenciária).

Nesse mesmo sentido, para expor referido caráter repetitivo, ressalte-se que, nesta oportunidade, esta relatoria traz à apreciação do colegiado, além do presente, os feitos de reg. n.º 5010764-37.2020.4.03.000, n.º 5007899-41.2020.4.03.0000, n.º 5007270-67.2020.4.03.0000 e n.º 500912-37.2020.4.03.0000, todos pertinentes à questão.

Dessa forma, com fulcro no art. 107, § 1.º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Regimental n.º 15/2016, propõe-se edição de súmula nos seguintes termos:

“Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.”

Ante o exposto, julgo improcedente o presente conflito, para declarar competente o juízo da 6.^a Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo e, nos termos do art. 107, § 1.º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, propor a edição de súmula nos moldes constantes da fundamentação, supra.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL

0001184-76.2013.4.03.6123

Apelantes: JOSÉ GARCIA DA COSTA, ADEMIR NORBERTO VITÓRIO BARNABÉ, BARNABÉ PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA - EPP
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2020

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELAÇÕES. PREFEITURA. CONVÊNIO COM MINISTÉRIO DO TURISMO. VERBA FEDERAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 25 DA LEI 8.666/93. DANO *IN RE IPSA*. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO PRESTAÇÃO DE CONTAS. ART. 10, VIII E XII E ART. 11, I E VI, DA LEI 8.429/92. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A competência para o julgamento da ação é da Justiça Federal, pois visa apurar irregularidades relativas ao uso de verba federal. Súmula 208 STJ e Precedentes.
2. Consoante o disposto no artigo 3º da Lei 8.429/92, respondem por improbidade administrativa os que, mesmo não sendo agentes públicos, concorreram para a prática do ato de improbidade e dele se beneficiaram, ainda que de forma indireta. Precedentes do STJ.
3. A realização de certame licitatório é a regra geral, nos termos do artigo 37, XXI, da CF/88, e as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, devem ser interpretadas restritivamente.
4. No caso em tela, o Município de Joanópolis/SP firmou com o Ministério do Turismo convênio para a realização do evento “Aniversário da Cidade e Festa de São João Batista”, e recebeu verba federal; assinado o convênio, o Município de Joanópolis/SP firmou contrato administrativo, com inexigibilidade de licitação, com empresa, sob o fundamento de que se trataria de contratação de profissionais do setor artístico com empresário exclusivo, nos termos do artigo 25, III, da Lei 8.666/93.
5. Ocorre, porém, que não restaram comprovados nem que a empresa seria empresária exclusiva dos músicos, nem que os músicos – com exceção do cantor Sérgio Reis – fossem consagrados pela crítica ou pelo público.
6. A jurisprudência deste Tribunal tem entendimento pacífico de que a contratação realizada pelo Poder Público com mero intermediário do artista, que detém a exclusividade de representação limitada a determinados dias ou eventos, não autoriza a incidência da inexigibilidade prevista no art. 25, III, da Lei 8.666/93. Precedentes deste TRF.
7. A contratação sem licitação quando ausentes os requisitos dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 é um ato grave, que configura improbidade administrativa, pois acarreta lesão ao Erário público ao impedir a contratação da empresa mais apta a prestar o serviço público, ferindo a isonomia e a competitividade das licitações; trata-se de dano *in re ipsa*, ou seja, é um dano ao Erário que independe de comprovação. Precedentes.

8. Restando comprovada a contratação com inexigibilidade de licitação em hipótese em que era obrigatória a realização de licitação, incorrem os agentes nos tipos previstos no artigo 10, VIII, e XII da Lei 8.429/92.

9. Como houve divergência entre os valores declarados e os valores que teriam efetivamente sido pagos aos músicos a título de cachê, e como houve a reprovação da prestação de contas referente ao convênio, incorreram os corréus também nos tipos previstos no artigo 11, I e VI, da Lei 8.429/92.

10. No que tange ao representante legal da empresa, não há elementos nos autos que comprovem o recebimento de valores que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária; não tendo ele se beneficiado dos atos de improbidade, nos termos do artigo 3º da Lei 8.429/92, e não tendo agido com dolo, o pedido deve ser julgado improcedente quanto a ele.

11. Apelação da empresa e do seu representante legal parcialmente provida. Apelação do ex-prefeito não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO de Ademir Norberto Vitório Barnabé e de Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP, apenas para julgar improcedente o pedido quanto a Ademir Norberto Vitório Barnabé e NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO de José Garcia da Costa. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Dra. Denise Avelar (Relatora): Trata-se de apelações em ação civil pública de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, com pedido liminar, ajuizada pelo *Ministério Público Federal* em face de *José Garcia da Costa, Ademir Norberto Vitório Barnabé e Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP*. requerendo, em síntese, a condenação por malversação no uso de verba pública federal obtida por meio de convênio firmado entre o Ministério do Turismo e o Município de Joanópolis/SP.

O pedido liminar foi deferido, determinando-se o bloqueio online de R\$181.149,84 (cento e oitenta e um mil, cento e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos).

A sentença julgou o pedido procedente, condenando os três réus: i) solidariamente, ao ressarcimento da União e do Município de Joanópolis/SP no valor de R\$ 115.000,00 (cento e quinze mil reais); ii) ao pagamento da multa civil em montante correspondente a duas vezes o valor do dano atualizado; iii) à proibição de contratar com o Poder Público por 5 (cinco) anos. A sentença também condenou José Garcia da Costa (ex-Prefeito do Município de Joanópolis/SP) às penalidades de suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos e à perda da função pública que eventualmente exerça (f. 666-674 – v. 3 B – ID 90308456).

Ademir Norberto Vitório Barnabé opôs embargos de declaração, que foram rejeitados (f. 720-720v. – v. 4 – ID 90359596).

O réu José Garcia da Costa interpôs apelação (f. 677-709-v. 3 B – ID 90308456), alegando, em suma, que:

a) não houve lesão ao erário nem o cometimento de ato ilícito, de modo que a sentença deve ser reformada para que a ação de improbidade administrativa seja julgada totalmente improcedente;

b) subsidiariamente, a sentença deve ser reformada para que sejam diminuídos os valores das penalidades de cunho patrimonial.

Os réus Ademir Norberto Vitório Barnabé e Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP., por sua vez, interpuseram apelação aduzindo que (f. 722-733 – v. 4 – ID 90359596):

a) a Justiça Federal não é competente para processar e julgar o presente feito, pois o evento foi pago exclusivamente pelo Município de Joanópolis e não houve prejuízo ao governo federal;

b) a sentença condenou a empresa Barnabé Produções Artísticas Ltda. e seu representante legal, Ademir Norberto Vitório Barnabé, o que caracteriza uma dupla punição e deve ser revisto pelo Tribunal;

c) a ação deve ser julgada improcedente quanto a Barnabé Produções Artísticas Ltda. e Ademir Norberto Vitório Barnabé, pois ainda que tenha havido irregularidade na contratação, a empresa contratada, que prestou o serviço de boa-fé, não pode ser penalizada;

d) a empresa Barnabé Produções Artísticas Ltda. efetivamente prestou os serviços para os quais foi contratada, e não se pode exigir que ela devolva a remuneração pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, o que é vedado pelo artigo 59 da Lei 8.666/93;

e) subsidiariamente, se a condenação for mantida, devem ser diminuídos os valores das penalidades impostas, pois os montantes foram exorbitantes.

Com contrarrazões, foram remetidos os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da e. Dra. Elaine Cristina de Sá Proença, requereu que seja negado provimento aos recursos de apelação (f. 745-751 – v. 4 – ID 90359596).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Dra. Denise Avelar (Relatora): A questão trazida aos presentes autos refere-se à possibilidade de responsabilização dos agentes por atos de improbidade administrativa decorrentes de irregularidades em convênio celebrado entre o Município de Joanópolis/SP e o Ministério do Turismo (Convênio n. 756/2008). Referido convênio teria sido celebrado com a finalidade de incentivar o turismo na cidade, por meio da realização do evento “Aniversário da Cidade e Festa de São João Batista”, e culminou com a contratação de profissionais do setor artístico com contrato administrativo firmado sem licitação.

Notícia a petição inicial que José Garcia da Costa, na qualidade de Prefeito do Município de Joanópolis/SP, celebrou com a União, por intermédio do Ministério do Turismo, o Convênio n. 756/08.

De acordo com o convênio, haveria o repasse de verba federal no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e o Município arcaria com R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a fim de realizar o evento “Aniversário da Cidade e Festa de São João Batista”, em praça da cidade,

nos dias 20 a 24 de junho de 2008. Uma vez firmado o convênio, seriam contratados profissionais do setor artístico para tocar no evento.

A contratação dos referidos músicos foi efetuada por meio da empresa Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP, representada por seu representante legal, Ademir Norberto Vitório Barnabé.

Ocorre que o contrato foi celebrado em 20.06.2008 com inexigibilidade de licitação, sob o fundamento de que se trataria de contratação de profissionais do setor artístico com empresário exclusivo, nos termos do artigo 25, III, da Lei 8.666/93.

A exclusividade, todavia, não restou comprovada, e houve divergência entre os valores declarados e os valores que teriam efetivamente sido pagos aos músicos a título de cachê.

Desse modo, a prestação de contas referente ao convênio foi reprovada e o Ministério do Turismo determinou que o Prefeito José Garcia da Costa procedesse à devolução do montante de R\$ 181.149,84 (cento e oitenta e um mil, cento e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), acrescido de juros e multa, em 05.2013.

O Ministério Público Federal, então, ajuizou a presente ação de improbidade administrativa, apontando o cometimento, pelos réus, de atos arrolados no artigo 10, VIII e XII, e no artigo 11, I e VI, da Lei 8.429/92.

De início, cumpre ressaltar que a competência para o julgamento da ação é da Justiça Federal, em razão do disposto na Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça: *“Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de improbidade administrativa cujo objeto seja apurar eventuais irregularidades que envolvam aplicação de recursos federais repassados à pessoa jurídica e submetidos ao Tribunal de Contas da União.”*

No mesmo sentido, a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DECLINATÓRIA DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MALVERSAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS A ENTES MUNICIPAIS. INTERESSE DO ENTE FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO POLO ATIVO DA DEMANDA. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Na origem, o Ministério Público Federal que propôs Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa contra os ora recorridos alegando indevida inexigibilidade de licitação para a contratação de shows de artistas e banda musicais, sem apresentação da documentação comprobatória de exclusividade de comercialização dos artistas por parte da empresa contratada, sendo utilizados para o pagamento do contrato recursos federais oriundos de convênio firmado entre o Ministério do Turismo e o Município de Santa Albertina/SP.

2. (...)

5. Via de regra, o simples fato de a ação ter sido ajuizada pelo Ministério Público Federal implica, por si só, a competência da Justiça Federal, por aplicação do art. 109, I, da Constituição, já que o MPF é parte da União. Contudo, a questão de uma ação ter sido ajuizada pelo MPF não garante que ela terá sentença de mérito na Justiça Federal, pois é possível que se conclua pela ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal, diante de eventual falta de atribuição para atuar no feito.

6. Haverá a atribuição do Ministério Público Federal, em síntese, quando existir interesse federal envolvido, considerando-se como tal um daqueles previstos pelo art. 109 da Constituição, que estabelece a competência da Justiça Federal. Assim, tendo sido fixado nas instâncias ordinárias que a origem da Ação Civil Pública é a malversação de recursos públicos repassados por ente federal, justifica-se plenamente a atribuição do Ministério Público Federal.

Nesse sentido, confira-se precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal: ACO 1463 AgR. Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 1/12/2011. Acórdão eletrônico DJe-22 Divulg. 31-01-2012 Public. 1-2-2012 RT v. 101, a 919.2011 p. 635-650. 7. Nessa linha de entendimento, precedente desta Segunda Turma sob a relatoria da eminente Min. Eliana Calmon: ‘... tratando-se de malversação de verbas federais, repassadas pela União ao Município de Canoas/RS, para aporte financeiro ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE FNDE, cujo objetivo é atender as necessidades nutricionais de alunos matriculados em escolas públicas, razão pela qual é inquestionável a competência da Justiça Federal e a legitimidade ativa do MPF’. (AgRg no AREsp 30.160/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 2011/2013).

8. Tratando-se da fiscalização de recursos que inclui aqueles provenientes da União, sujeitos à fiscalização de entes federais, indubitável a atribuição do Ministério Público Federal para atuar no feito. Consequentemente, enquadra-se o MPF na relação de agentes elencadas no art. 109, I, da Constituição, que estabelece a competência da Justiça Federal. Nesse sentido: REsp 1.513.925/BA, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13/9/2017; AgRg no AREsp 30.160/RS, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 20/11/2013; REsp 1.283.737/DF, Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 25/3/2014.

9. Assim, o aresto hostilizado destoa da *jurisprudência do STJ, que se firmou no sentido de que, em se tratando de malversação de verbas federais repassadas pela União, é inquestionável a competência da Justiça Federal e a legitimidade ativa do Ministério Público Federal*.

10. Há, portanto, inquestionável supremacia do interesse nacional da União nessas ações, uma vez que, entre o volume de recursos que municípios e estados administram, há expressivo montante de recursos federais, em consequência das características do nosso federalismo.

12. Ademais, a Lei Orgânica do Ministério Público da União - LC 75/1993 -, que, entre outros aspectos, disciplina a atuação dos seus membros, conferindo-lhes prerrogativas para a defesa dos direitos de uma coletividade de indivíduos e do efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, objeto do recurso em exame.

13. Ressalta-se que a demanda proposta pelo *Parquet* Federal veicula típico interesse transindividual, que ultrapassa a esfera pessoal dos indivíduos envolvidos e atinge uma coletividade de pessoas, repercutindo no interesse público e no respeito aos princípios da transparência e publicidade de gastos públicos envolvendo a aplicação de verbas federais, e a proteção ao Erário.

14. Por conseguinte, *considerando a possível repercussão do eventual descumprimento das prescrições legais citadas sobre repasses de verbas da União, reconhece-se a legitimidade do MPF para propor a presente ACP e fixa-se a competência da Justiça Federal para este caso, haja vista o entendimento cristalizado pelo STF e pelo STJ*.

15. Recurso Ordinário provido para conceder a ordem pleiteada, fixando a competência da Justiça Federal para apreciar a demanda originária.”

(RMS 56.135/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 11/10/2019) (GRIFEI)

No caso em comento, houve o recebimento de verba federal em decorrência do Convênio n. 756/08, firmado entre o Ministério do Turismo e o Município de Joanópolis, conforme demonstram a cópia do convênio e a nota de empenho (f. 391-407 e f. 409 – v.2 B – ID 90308438). Ressalte-se, em especial, a cláusula quinta do Convênio:

“CLÁUSULA QUINTA - DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS E FINANCEIROS Para a execução do objeto deste Convênio, dá-se o valor total de R\$ 115.000,00 (cento e quinze mil reais), cabendo ao CONCEDENTE destinar o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em parcela única, correndo às despesas à conta do Orçamento do MINISTÉRIO DO TURISMO,

observadas as características abaixo especificadas e à CONVENIENTE caberá a contrapartida de RS 15.000,00 (quinze mil reais), conforme Plano de Trabalho aprovado.

Programa de Trabalho: 23.695.1166.4620.0001

Natureza da Despesa: 3.3.40.41

Fonte: 0100

Nota de Empenho: 2008NE900843, de 20 de junho de 2008, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).” (grifei)

Tendo havido recebimento de verba federal, por conseguinte, a competência para processar e julgar a causa é da Justiça Federal.

De outra parte, vale lembrar que a legitimidade de parte é questão de ordem pública, que pode ser apreciada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DESCONTOS INCONDICIONAIS. DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS. ILEGITIMIDADE ATIVA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS.

1. O Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que a legitimidade das partes, por constituir uma das condições da ação, perfaz questão de ordem pública e pode ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição ou mesmo declarado de ofício, sem que se tenha configurada a reformatio in pejus.

2. O juízo de adequação que os Tribunais ordinários realizam com base na sistemática dos recursos representativos da controvérsia constitui meio idôneo ao exame de questões de ordem pública que possam modificar o resultado do julgamento.

3. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no REsp 1493974/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019) (grifei)

No caso em comento, o contrato administrativo foi firmado entre o Município de Joanópolis/SP e a empresa Barnabé Produções Artísticas Ltda., representada por seu representante legal, Ademir Norberto Vitorio Barnabé.

Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça entende que têm legitimidade passiva todos os agentes públicos que tenham violado o patrimônio público, bem como os particulares que tenham induzido ou concorrido para a prática do ato apontado como ímprobo ou dele tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto, nos termos do disposto na Lei 8.429/92. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PATRIMÔNIO PÚBLICO POR SERVIDORES E INDUZIMENTO DE PARTICULARES. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º E 2º DA LEI N. 8.429/92. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANOS MORAIS PROPORCIONAIS. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 83 DA SÚMULA DO STJ.

I - Está pacificado nesta Corte que o julgador não está obrigado a responder questionamentos ou teses das partes, nem mesmo ao prequestionamento numérico.

II - Quanto a ilegitimidade passiva ad causam, assiste razão ao Tribunal de origem no tocante à legitimidade dos recorrentes para figurarem no polo passivo da ação de improbidade administrativa. Todos os agentes públicos que tenham violado o patrimônio público (artigo

2º da Lei n. 8.429/92), bem como os particulares que tenham induzido ou concorrido para a prática do ato apontado como ímprobo ou dele tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto (artigo 3º da Lei n. 8.429/92), tem essa legitimidade passiva.

III - Os fundamentos utilizados pelos recorrentes para apontar a violação ao artigo 3º da Lei n. 8.429/1992, sustentando que jamais restou demonstrado nos autos qualquer abuso da personalidade jurídica e que não teriam tirado proveito pessoal dos atos de improbidade, atraem o comando da Súmula 7/STJ, porquanto, para se aferir tais afirmações, tem-se impositivo reexaminar o conjunto probatório dos autos.

IV - A Lei de Improbidade também possibilita a responsabilização dos terceiros por equiparação. Nos termos do artigo 1º c/c artigo 2º da Lei n. 8.429/1992, na qualidade de representantes legais de quatro sociedades que receberam recursos públicos provenientes da Secretaria de Estado de Saúde, os ora recorrentes se equiparam aos agentes públicos e estão sujeitos, portanto, à Lei de Improbidade Administrativa.

V - O enfrentamento das alegações atinentes à efetiva caracterização ou não de atos de improbidade administrativa, sob as perspectivas objetiva - de existência ou não de prejuízo ao erário, e subjetiva - consubstanciada pela existência ou não de elemento anímico -, demanda incontestemente revolvimento fático-probatório.

VI - O conhecimento das referidas argumentações resta obstaculizado diante do verbete sumular 7 do Superior Tribunal de Justiça. VII - As teses concernentes à atividade probatória desenvolvida na ação de improbidade e ao cerceamento de defesa não podem ser objeto de enfrentamento por este órgão jurisdicional de superposição, na medida em que seria necessário um revolvimento fático-probatório.

VIII - (...)

XIII - Agravo interno improvido.”

(AgInt no AREsp 1113260/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 27/08/2018) (grifei)

Demais disso, ao interpretar o artigo 3º da Lei 8.429/92, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que há responsabilidade solidária entre o agente público que praticou o ato e as pessoas, inclusive as jurídicas, que concorreram para o ato ou dele se beneficiaram direta ou indiretamente. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA APENAS CONTRA PARTICULAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. PRECEDENTES.

I - A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República.

II - Nos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

III - A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

IV - Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes.

V - Recurso especial improvido.”

(REsp 1405748/RJ, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 17/08/2015) (grifei)

No mesmo sentido, o entendimento da doutrina, conforme se verifica por meio do Enunciado 558 da VI Jornada de Direito Civil:

“ENUNCIADO 558 - São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, *as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente.*” (grifei)

Desse modo, considerando que Ademir Norberto Vitório Barnabé, na qualidade de representante legal da empresa Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP., poderia ter se beneficiado indiretamente do ato de improbidade administrativa, não há nenhum óbice em sua inclusão no polo passivo.

Isso posto, passo ao exame do mérito.

É cediço que a realização de licitação tem a dupla finalidade de resguardar a igualdade de condições entre os participantes da licitação e de possibilitar à Administração escolher o melhor prestador de serviço dentre os habilitados ao certame.

Sendo assim, a realização de certame licitatório é a regra geral, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, e as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, devem ser interpretadas restritivamente.

No caso em tela, o Município de Joanópolis/SP firmou com o Ministério do Turismo convênio para a realização do evento “Aniversário da Cidade e Festa de São João Batista”, que ocorreu entre os dias 20 e 25 de junho de 2008.

De acordo com o convênio, haveria o repasse de verba federal no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e o Município arcaria com R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para realizar o evento. Dentre as cláusulas do convênio referentes às obrigações das partes, cumpre destacar, em especial, a obrigação de o Município observar as disposições da Lei 8.666/93 (cláusula 3ª, II, “h”).

Assinado o convênio, o Município de Joanópolis/SP firmou contrato administrativo, com inexigibilidade de licitação, com Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP, representada por seu representante legal, Ademir Norberto Vitório Barnabé, sob o fundamento de que se trataria de contratação de profissionais do setor artístico com empresário exclusivo, nos termos do artigo 25, III, da Lei 8.666/93.

Segundo o artigo 25, III, da Lei 8.666/93, a licitação é inexigível quando não for possível a competição entre os licitantes, como no caso de contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, contanto que o profissional seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Dispôs o contrato administrativo que: (v. f. 362-365 – v. 2 B – ID 90308438)

“CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

1.1 Esse contrato tem como objeto a apresentação de shows artísticos e musicais ao público na Praça Domingos Segurado, em comemoração aos 130 anos de aniversário de fundação do

Município, a ser realizada nos dias 20, 21, 22, 23 e 24 de junho de 2008, e conforme descrição em anexo.”

No memorial descritivo (f. 388 – v. 2 B – ID 90308438), por sua vez, constou:

“Show com Generation Banda Show (20.06.2008) – R\$ 7.490,00
 Show com Sérgio Reis (21.06.2008) – R\$ 51.915,00
 Show com Master Banda Show (21.06.2008) – R\$ 8.560,00
 Show com Babilônia Band Show (22.06.2008) – R\$ 8.560,00
 Show com Banda Sexta Dimensão (22.06.2008) – R\$ 9.600,00
 Show com Banda Mídia (23.06.2008) – R\$ 13.450,00
 Show com Lucas & Kauã (24.06.2008) – R\$ 14.980,00
 Show com Jet Boys Banda Show (24.06.2008) – R\$ 9.100,00”

Ocorre, porém, que não restaram comprovados nem que a empresa Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP seria empresária exclusiva dos músicos, nem que os músicos – com exceção do cantor Sérgio Reis – fossem consagrados pela crítica ou pelo público. Trata-se de dois requisitos cumulativos, nos termos do artigo 25, III, da Lei 8.666/93, e imprescindíveis para que haja inexigibilidade de licitação.

Demais disso, a mera juntada de “cartas de exclusividade” pelos artistas não é suficiente para comprovar que a empresa Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP é sua empresária exclusiva. Isso porque referida exclusividade deve ser permanente, para toda e qualquer apresentação do artista, e não apenas para uma data específica, como se deu no caso em comento (vide documentos de f. 380-387 – v. 2 B – ID 90308428).

A jurisprudência deste Tribunal tem entendimento pacífico de que a contratação realizada pelo Poder Público com mero intermediário do artista, que detém a exclusividade de representação limitada a determinados dias ou eventos, não autoriza a incidência da inexigibilidade prevista no art. 25, III, da Lei 8.666/93. Citem-se, a título exemplificativo, os seguintes julgados:

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. PREFEITO. CONVÊNIO. MUNICÍPIO DE POLONI/SP E MINISTÉRIO DO TURISMO. VERBA FEDERAL. FESTIVIDADES. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS MEDIANTE INTERMEDIÁRIO SEM EXCLUSIVIDADE DE REPRESENTAÇÃO. COBRANÇA DE INGRESSOS DISSIMULADA E SEM ADEQUADO REPASSE. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO SEM APROPRIADO PROCEDIMENTO. UTILIZAÇÃO DE MODALIDADE LICITATÓRIA INADEQUADA. DANO AO ERÁRIO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. REEQUANDRAMENTO NORMATIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE SEM INTERFERÊNCIA NA DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Em se tratando de ação civil pública, a extensão da sentença que não acolheu integralmente a pretensão inicial está submetida a remessa necessária pro societate, consoante pacífica jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça.

2. *Cuida-se de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Rinaldo Escanferla, sob a alegação que ele, na qualidade de Prefeito de Poloni/SP, executou irregularmente o Convênio 1212/2009, firmado com a União por intermédio do Ministério do Turismo e que tinha por objetivo veicular a denominada ‘XXV Festa do Peão de Boiadeiro e V Festa Agropecuária de Poloni’.*

3. As improbidades, consoante descrição do *Parquet* calcada em relatório da CGU - Controladoria-Geral da União, consistiram na contratação direcionada de artistas por meio de empresários sem exclusividade de representação; ausência de publicidade no tocante a inexigibilidade de licitação; ausência de informações sobre a destinação de valores arrecadados mediante ingresso e, finalmente, contratação sem o uso da modalidade pregão, obrigatória à situação.
4. A sentença recorrida acolheu parcialmente as teses e provas iniciais, condenando o réu como incurso no art. 11, VI, da Lei 8.429/92.
5. A contratação da dupla Chitãozinho e Xororó para apresentação no evento, no valor de R\$ 80.000,00, deu-se por intermédio da empresa Marcinho Costa Produções Artísticas S/C Ltda., e com inexigibilidade de licitação, esta última supostamente amparada na hipótese prevista no art. 25, III, da Lei 8.666/93.
6. *Cediço que as normas sobre contratação direta, ou seja, aquelas que preveem hipóteses de dispensa, inexigibilidade, licitação vedada e proibida, ou licitação dispensada, justamente por excepcionarem o princípio constitucional da impessoalidade da administração pública, devem receber interpretação restritiva, razão pela qual o termo 'empresário exclusivo', contido no art. 25, III, da Lei de Licitações, deve ser compreendido como empresário único, habitual do artista, não abrindo espaços para a representação eventual, esporádica, a qual, certamente, traria à seara de contratações do Poder Público o indesejável risco das intermediações, comissões e especulações.*
7. *Este E. TRF da 3ª Região possui firme jurisprudência no sentido de que a contratação realizada pelo Poder Público com mero intermediário do artista, que não o representa de forma permanente ou duradoura ou que detém a exclusividade de representação limitada a determinados dias ou eventos, não autoriza a incidência da inexigibilidade prevista no art. 25, III, da Lei de Licitações (Ap. Cível 0000283-35.2014.4.03.6136, Rel. p/Acórdão Desembargador Federal Johonsom di Salvo, p. em 23/05/2019; AI 0026136-92.2012.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Andre Nabarrete, p. em 14/06/2016; AI 0030721-22.2014.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Nelton dos Santos, p. em 11/12/2015).*
8. *Como bem apontado pelo MPF e reconhecido na sentença, a Marcinho Costa Produções Artísticas S/C Ltda. não detinha a exclusividade de representação dos referidos artistas, senão para as datas correspondentes ao evento objeto do Convênio. É dizer: na prática, a contratação em tela não se deu diretamente com os aludidos artistas, nem tampouco com seus empresários exclusivos, mas sim, com empresa intermediária, cujos poderes de representação se limitavam tão somente ao período da realização dos eventos.*
9. E contrariamente ao alegado pelo recorrente, inexistia lastro para que a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, III, da Lei 8.666/93 fosse interpretada de modo a também contemplar a figura do 'empresário temporário'.
10. Isso porque, não bastasse a literalidade da norma e a jurisprudência indicarem apenas a contratação direta junto a artista ou com seu empresário exclusivo, a Cláusula Terceira, 'II', do Convênio em tela, ao dispor sobre os deveres do Município-conveniente, e citando determinação do TCU, expressamente dispôs que, para os fins do art. 25, III, da Lei de Licitações, na hipótese de contratação de artista por meio de empresário, era necessária a apresentação de contrato de exclusividade, não confundível com a autorização que atribui exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento.
11. Verifica-se, ainda, que o ora recorrente não deu qualquer atenção ao conteúdo da Cláusula Terceira, II, 'cc', do Convênio, pois deixou de providenciar publicação no Diário Oficial da União dos contratos de exclusividade dos artistas, bem como não ordenou publicidade oficial acerca do Processo de Inexigibilidade 003/2009, relativo também à contratação desses artistas, em direta afronta ao que dispõe o art. 26 da Lei 8.666/93.
12. *Logo, em face dessa contratação irregular, o apelante incorreu em improbidade administrativa consubstanciada em violação ao princípio da legalidade, impessoalidade e publicidade, nos termos do art. 11, caput, da Lei 8.429/92.*

13. Da cobrança de ingressos: alega o recorrente que, contrariamente ao afirmado na sentença, não houve cobrança de ingressos para o evento em questão, não se podendo cogitar, portanto, de qualquer irregularidade quanto à destinação desses recursos.

14. Todavia, a prova testemunhal, formada essencialmente por testemunhas arroladas pelo próprio apelante, confirmou que houve venda de ingressos, em pelos menos alguns dos dias de shows; a servidora pública fiscal do Ministério do Turismo e subscritora de relatório de verificação *in loco*, em um dos dias do evento, também atestou a cobrança de ingressos no valor de R\$ 20,00. Nenhuma das partes soube informar acerca da destinação dessa arrecadação, nem mesmo a Câmara Municipal, instada a tanto.

15. Tem-se, portanto, que, para além de prestar informação falsa (note-se o teor do Ofício 81/2011, pelo qual o réu informou ao Ministério do Turismo que o evento havia sido gratuito), o apelante descumpriu a Cláusula Terceira, item 'II', 'dd', do Convênio em baila, o qual dispunha que, caso houvesse arrecadação com a cobrança de ingressos em shows no respectivo âmbito de execução, tais valores deveriam ser obrigatoriamente revertidos para a consecução de seu objeto ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional.

16. No ponto, observa-se efetivo dano ao erário, uma vez que, consoante dados do Plano de Trabalho, bem como informações prestadas pela Coordenação Extraordinária de Análise de Prestação de Contas do Ministério do Turismo, pela ausência de repasse dos valores cobrados a título de ingresso, ao menos R\$ 115.000,00 deixaram de ser aplicados na execução do objeto do Convênio ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional.

17. *Desse modo, é certo que o recorrente incorreu em improbidade administrativa danosa ao erário, pois ensejadora de perda patrimonial e irregular aplicação de verba pública (art. 10, caput e inc. XI da LIA), além de vulneradora do preceito da legalidade e honestidade na administração pública (art. 11, caput).*

18. (...)

22. Dolo: sustenta o apelante, enfim, que as falhas apuradas representam meras irregularidades administrativas, impassíveis de serem qualificadas como atos de improbidade administrativa, até porque atenderam a prévio parecer jurídico.

23. *Entretanto, o dolo está evidenciado pela deliberada inobservância dos preceitos relativos ao Convênio, cujos termos e condições de execução, além de previstos em lei, constavam nas próprias cláusulas contratuais; ademais, tratando-se de mandatário político, Prefeito Municipal, mostra-se inadmissível que as transgressões à regulamentação do Convênio tenham ocorrido de forma substancial.*

24. Isso não bastasse, o C. STJ firmou jurisprudência no sentido de que, para a caracterização da improbidade administrativa violadora dos princípios da administração pública (art. 11 da LIA), basta o dolo genérico.

25. Do reenquadramento das sanções e dosimetria: o enquadramento da sentença, unicamente no art. 11 da LIA, merece ser revisto, uma vez que, pela supracitada ausência de repasse dos valores obtidos mediante cobrança de ingressos, houve efetivo dano aos cofres públicos, configurando a improbidade administrativa prevista no art. 10, *caput* e inc. XI da Lei 8.429/92.

26. A possibilidade de reenquadramento das sanções de improbidade administrativa em sede de remessa necessária é possível, eis que tal revisão ocorre *pro societate*, sendo que o réu defende-se dos fatos e não da capitulação jurídica porventura indicada, bastando, nessas espécies de demanda, que o autor aponte, com precisão, a causa de pedir relativa a um ou mais tipos de atos ímprobos descritos na Lei 8.429/92, bem como os elementos subjetivos que nortearam a ação do sujeito tido por responsável. Nesse sentido: STJ, REsp 1086994/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe: 12/03/2014; TRF 3ª Região, Sexta Turma, Ap. Cível 0016910-38.1999.4.03.6105, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, p. em 21/12/2017).

27. Conquanto necessário o reenquadramento normativo dos atos de improbidade, vislumbra-se razoável e proporcional, nos termos do art. 12 da LIA, a manutenção das medidas impostas

na sentença, consistentes em ressarcimento ao erário do valor de R\$ 115.000,00, pagamento de multa civil fixada em R\$ 20.000,00 e suspensão dos direitos políticos por 03 anos.

28. A sanção de suspensão de direitos políticos, por sinal, revela-se adequada ao caso concreto, nas vertentes pedagógica, punitiva e de interesse social, pois, em se tratando de Prefeito Municipal que malversou recursos públicos, acarreta, após o trânsito em julgado, a impossibilidade temporária de sua assunção a novo mandato.

29. Nega-se provimento à apelação e dá-se parcial provimento à remessa necessária, unicamente para que fixada a condenação do recorrente nos termos do art. 10, *caput* e inc. XI, c/c art. 11, *caput*, todos da Lei 8.429/92, mantidas as sanções fixadas na sentença.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2257581 - 0003250-46.2014.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 08/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2019) (grifei)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO E VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGOS 10 E 11 DA LEI Nº 8.429/1992. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. LEI Nº 8.666/1993. PROFISSIONAL ARTÍSTICO. EMPRESÁRIO EXCLUSIVO. CONVITE. FRACIONAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. (...)

3. *A jurisprudência desta Corte Regional é firme no sentido de que a contratação realizada pela Administração Pública com mero intermediário do artista, que não atua de forma permanente ou duradoura e detém exclusividade limitada a determinados dias ou eventos, não autoriza a inexigibilidade de licitação com base no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.*

4. *No presente caso, as declarações acostadas aos autos dão conta de que os representantes legais dos artistas detinham a exclusividade limitada às apresentações dos dias 10, 11 e 12 de abril de 2008.*

5. *Neste cenário, ao menos em cognição sumária, o procedimento administrativo de inexigibilidade que deu ensejo ao contrato assinado pelo agravante não preencheu os requisitos previsto no artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, sinalizando a existência de indícios da prática de ato de improbidade administrativa. Precedentes.*

(...)

15. *Agravo de instrumento desprovido.”* (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 551206 - 0003381-69.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 04/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2018) (grifei)

Cumprе ressaltar, ademais, que a contratação sem licitação quando ausentes os requisitos dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 é um ato grave, que configura improbidade administrativa, pois acarreta lesão ao Erário público ao impedir a contratação da empresa mais apta a prestar o serviço público, ferindo a isonomia e a competitividade das licitações. Trata-se de dano *in re ipsa*, ou seja, é um dano ao Erário que independe de comprovação. Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO.

1. *A jurisprudência do STJ entende que o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta.*

2. O próprio art. 10, VIII, da Lei 8.492/1992 ‘conclui pela existência de dano quando há frustração do processo de licitação, inclusive abarcando a conduta meramente culposa. Assim, não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.’ (Resp 769.741/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.10.2009).

3. Recurso Especial não provido.”

(REsp 1685214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017) (grifei)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ENTIDADE PRIVADA ABSOLUTAMENTE DESQUALIFICADA PARA RECEBIMENTO DE VERBAS DE CONVÊNIO. CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. ELEMENTO SUBJETIVO DEMONSTRADO. DANO IN RE IPSA. CONDENAÇÃO DOS RÉUS QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA.

1. (...)

2. *Tão grave para as instituições e para a democracia é o descumprimento ao dever de licitar que o legislador, em reforço ao comando constitucional, estatuiu que a dispensa de licitação fora das hipóteses legais é conduta que, em tese, caracteriza infração penal (art. 89, Lei 8.666/93) e improbidade administrativa (art. 10, VIII c/c art. 12, II, ambos da Lei 8.429/92).*

3. A Fundação ré não possuía, nem possui, nem de longe, finalidade educacional específica e adequada aos propósitos do convênio firmado entre o Ministério do Trabalho e a entidade sindical ré, que tinha como objetivo o estabelecimento de cooperação técnica e financeira mútua para a execução das atividades de qualificação e re-qualificação profissional, no âmbito do Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador, de trabalhadores desocupados, sob risco de desemprego, micro e pequenos empreendedores e autônomos. Foram também totalmente desobedecidas as diretrizes da Resolução nº 258/2000 do CODEFAT.

4. *Esta ausência de requisitos para a dispensa da licitação foi confirmada pelo relatório da Controladoria-Geral da União de forma explícita, que apontou a irregularidade na prestação de contas.* A inidoneidade da Fundação ré para realizar os cursos profissionalizantes para o expressivo número de trabalhadores resta escancarada quando se observam reiteradas inconsistência nos cadastros de alunos com duplicidade de CPF’s mencionados na prestação de contas da entidade o que, no mínimo, demonstra a ausência de seriedade da instituição. (...)

9. No tocante ao dano causado à administração pública, cabe esclarecer que é entendimento assente no C. Superior Tribunal de Justiça que *a lesividade causadora do prejuízo ao erário, nos casos de irregularidade no procedimento de licitação, é in re ipsa, haja vista que, em virtude da conduta dos administradores, o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta.* (...)

15. Remessa oficial, tida por interposta, e apelação parcialmente providas.” (AC 2005.61.25.001382-3/SP, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, 6ª Turma, D.J.e. 02.06.2017) (grifei)

Assim, restando comprovada a contratação com inexigibilidade de licitação em hipótese em que era obrigatória a realização de licitação, incorrem os agentes nos tipos previstos no artigo 10, VIII, e XII da Lei 8.429/92, a saber:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:(..)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;(...)
XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;” (grifei)

Por outro lado, como houve divergência entre os valores declarados e os valores que teriam efetivamente sido pagos aos músicos a título de cachê, e como houve a reprovação da prestação de contas referente ao convênio, incorreram os corréus também nos tipos previstos no artigo 11, I e VI, da Lei 8.429/92, quais sejam:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

(...)

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;” (grifei)

Dessa maneira, conquanto a corré Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP. alegue que deva ser remunerada porque houve a efetiva prestação de serviços de intermediação entre os músicos e a Municipalidade, o fato é que tal prestação não ficou comprovada.

Conforme bem assentado na r. sentença, as meras declarações de valores recebidos são insuficientes para atestar os montantes dos cachês recebidos pelos músicos (f. 412, 486-487, 489, 513-514, 517, 520-523 e 531 – v. 3 A – 90308455).

Ademais, ao que consta dos autos, não houve sequer imagem de foto ou vídeo reproduzindo os referidos shows musicais, de modo que não é possível afirmar, com certeza, sequer que as apresentações artísticas ocorreram. Nesse sentido, as justificativas apresentadas pelo Prefeito de Joanópolis/SP, João Carlos da Silva Torres (que exerceu mandato subsequente ao de José Garcia da Costa), em ofício enviado ao Ministério do Turismo. Ressalte-se, em especial, o seguinte trecho:

“(...) - Quanto aos dvds, vídeos, fotografias etc. Após amplas pesquisas em computadores, arquivos mortos, armários etc, da Prefeitura Municipal não obtivemos êxito em encontrar elementos que comprovassem a realização efetiva do evento, composto por diversos shows. Realizamos ainda pesquisa junto à população sobre a possibilidade da obtenção de fotos ou filmagens ainda que parciais do evento e da mesma forma, não logramos êxito. - Dessa forma restou prejudicada a comprovação fática dos eventos pelos meios eletrônicos, não estarem disponíveis à atual gestão da Administração Pública Municipal. (...)” (f. 279-282 – v. 2 A – ID 90308437)

De fato, o próprio Ministério do Turismo determinou que o Prefeito José Garcia da Costa procedesse à devolução do montante de R\$181.149,84 (cento e oitenta e um mil, cento e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), acrescido de juros e multa, em 05.2013, ante a irregularidade na execução física e financeira do convênio (f. 293-303 e f. 343-350- v. 2 B – ID 90308438).

Não obstante, no que tange ao corréu Ademir Norberto Vitório Barnabé, não há elementos nos autos que comprovem o recebimento de valores que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária. Não tendo ele se beneficiado dos atos de improbidade, nos termos do artigo 3º da Lei 8.429/92, e não tendo agido com dolo, o pedido deve ser julgado improcedente quanto a ele. Nesse sentido, a jurisprudência:

“[...] A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público. Inteligência do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa. No caso, também está claro que a pessoa jurídica foi beneficiada com a prática infrativa, na medida em que se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual. Por outro lado, *em relação ao seu responsável legal, os elementos coligidos na origem não lhe apontaram a percepção de benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária, nem individualizaram sua conduta no fato imputável, razão pela qual não deve ser condenado pelo ato de improbidade [...]*”. (In: STJ; Processo: RESP 1127143/RS; Relator: Min. CASTRO MEIRA; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Julgamento: 22/06/2010; Publicação: DJe, 03/08/2010) (grifei)

No que concerne ao elemento subjetivo do tipo, aliás, o entendimento pacífico da jurisprudência é o de que os tipos previstos nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 devem ser praticados com dolo, mesmo que genérico, ao passo que os tipos previstos no artigo 10 da Lei 8.429/92 devem ser praticados ao menos com culpa. Vejam-se:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE A VEREADORES. DOLO GENÉRICO. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. ABRANDAMENTO.

1. Em virtude da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, não há falar em inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a vereadores. Precedentes.

2. A compra de bens sem o procedimento licitatório, o qual foi dispensado indevidamente, configura o ato ilegal, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa. Tal conduta viola os princípios norteadores da Administração Pública, em especial o da estrita legalidade.

3. *O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes.*

4. Tem-se claro, diante da análise do acórdão recorrido, que houve bem descrita a conduta típica, cuja realização do tipo exige *ex professo* a culpabilidade. *Dito de outro modo, violar princípios é agir ilícitamente. Como bem expresso pela Corte estadual, a culpabilidade é insita à própria conduta ímproba.*

5. *In casu*, a má-fé do administrador público é patente, sobretudo quando se constata que, na condição de Presidente da Câmara Municipal, nem sequer formalizou os procedimentos de dispensa de licitação.

6. Ressalvou, o Tribunal *a quo*, entretanto, que deveriam ser impostas ‘penalidades mínimas, de modo razoável ao contexto e proporcional à extensão da improbidade constatada’. Desse modo, mostra-se um contrassenso arrear a penalidade de perda de função pública, e, ao mesmo tempo, manter a suspensão de direitos políticos - também extremamente gravosa.

7. Deve-se, portanto, excluir a penalidade de suspensão de direitos políticos, mantendo-se as demais.

Agravo regimental parcialmente provido.”

(AgRg no REsp 1214254/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011) (grifei)

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUCTA. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto,

que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. *A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10* (v.g.: REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006). (...)

4. Recurso especial do Ministério Público parcialmente provido. Demais recursos providos.” (REsp 827.445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010) (grifei)

Sendo assim, uma vez verificada a prática dolosa de atos de improbidade administrativa, e constatado o nexo de causalidade, faz-se mister a imposição das penalidades previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGENTE POLÍTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TIPICIDADE. DOLO. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. ELEMENTOS DE PROVA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS FIXADOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuidam os autos de ato de improbidade administrativa atribuída a Procurador-Geral de Município e subordinado, pelo desempenho de atividades de interesse particular - advocacia - no âmbito da Administração Pública. Ficou demonstrada na fundamentação do acórdão recorrido a existência do elemento subjetivo dos agentes, em ato que causou lesão ao erário - art. 10, XIII, da Lei 8.429/1992 -, e violação dos princípios insculpidos no *caput* do art. 11, da Lei 8.429/1992.

2. O destinatário final das provas produzidas é o juiz, a quem cabe avaliar, quanto à suficiência e necessidade, em consonância com o disposto no parte final do art. 130 do CPC. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca das provas produzidas, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Especial, a teor da Súmula 7/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1419008/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15/09/2011, DJe 03/10/2011; AgRg no Ag 1050105/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 21/11/2008; AgRg no Ag 1364996/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 18/08/2011, DJe 24/08/2011).

3. *A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, ‘a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente’ (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em re-*

lação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. (Precedente: AgRg no REsp 1242939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 30/05/2011). 4. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 895.530/PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, por maioria, firmou que, em ação civil pública movida pelo Parquet, devem ser seguidas as seguintes balizas: I) o Ministério Público não pode auferir honorários por vedação constitucional, consoante o art. 128, § 5º, II, letra 'a', da Constituição da República; II) aplicam-se estritamente os critérios previstos nas regras específicas da Lei 7.347/85, quanto à verba honorária; III) o STJ entende que o Ministério público somente pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios apenas nos casos de prova irrefutável de sua má-fé e; IV) dentro de critério de absoluta simetria, se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los. (Precedente: REsp 1099573/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010). Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.” (RESP 201101496684, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:14/03/2012 ..DTPB:.) (grifei)

No caso em tela, como a sentença observou os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, nos termos do artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92, as penalidades impostas a José Garcia da Costa e a Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP devem ser mantidas tal como lançadas.

Por fim, considerando que não restou comprovada a prática de ato de improbidade administrativa por Ademir Norberto Vitório Barnabé, o pedido deve ser julgado improcedente quanto a ele.

Ante o exposto, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, *DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO de Ademir Norberto Vitório Barnabé e de Barnabé Produções Artísticas Ltda. EPP, apenas para julgar improcedente o pedido quanto a Ademir Norberto Vitório Barnabé e NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO de José Garcia da Costa.*

Sem condenação ao pagamento das verbas de sucumbência, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0020993-24.2013.4.03.6100

Apelante: ELEUSINA DARDIS DE TOLEDO
 Apelados: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO E
 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/09/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. DECISÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL (ART. 494, I, DO CPC). CAUSA DE VALOR INESTIMÁVEL (ART. 85, § 8º, DO CPC). RECURSO DESPROVIDO.

I. Recurso de apelação interposto pela autora contra sentença que julgou improcedente a presente Ação Declaratória de rito ordinário, na qual se busca a nulidade da decisão do Conselho Federal de Medicina – CFM, exarada em Processo Ético-Profissional, que impôs a penalidade de suspensão do exercício profissional por 15 dias (art. 22, *d*, da Lei nº 3.268/1957), reformando a decisão absolutória do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, e, sucessivamente, a nulidade da decisão que similarmente venha a substituí-la por conta do Pedido de Revisão da autora no processo ético, absolvendo-a da penalidade disciplinar.

II. O processo ético foi instaurado por denúncia de paciente da autora, médica especializada em ginecologia e obstetrícia, em razão de procedimento cirúrgico que resultou em histerectomia.

III. O Poder Judiciário, no âmbito do controle jurisdicional de controle do processo administrativo disciplinar, está adstrito ao exame da legalidade e legitimidade do ato administrativo impugnado, não podendo emitir juízo de valor quanto ao mérito.

IV. O CFM e CRM detém a prerrogativa para fiscalizar o exercício profissional e impor as sanções cabíveis aos médicos que incidirem em condutas contrárias à ética profissional, nos termos da Lei nº 3.268/1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958.

V. O Processo Ético-Profissional tramitou sob a égide do devido processo legal, com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo sido precedido da Sindicância. A decisão administrativa proferida pelo CFM não está eivada de qualquer ilegalidade ou nulidade a ser sanada, uma vez que proferida após a análise do conjunto probatório. Encontra-se devidamente fundamentada, com a imposição de pena disciplinar prevista na legislação pertinente (art. 22, *d*, da Lei nº 3.268/1957), por infração ao Código de Ética Médica.

VI. Não prospera a alegação de que a decisão administrativa atacada estaria maculada de ilegalidade em razão de o CFM ter desconsiderado “inexplicavelmente” a juntada de “novas provas” pela autora na Sessão de Julgamento, as quais se consubstanciariam na

sentença de improcedência e no laudo do perito oficial pertinentes à ação indenizatória movida pela paciente contra ela por erro médico, porque sequer vinculam o Processo Ético-Processual, diante da independência entre as esferas administrativa e judiciária. Além disso, não se encontra qualquer registro acerca da tentativa de juntadas das “novas provas” durante a *Sessão de Julgamento*, nada constante a esse respeito na respectiva Ata de Julgamento, nem logrou a autora, de outra forma, comprovar o alegado. Ainda que se entenda dispensada tal demonstração, é certo que, em momento anterior à Sessão de Julgamento do CFM, foi oportunizado à autora manifestar sobre o aguardo da apresentação do laudo do perito judicial, quando, então, afirmou desnecessário. Ademais, as “novas provas” já eram existentes e disponíveis muito antes da Sessão de Julgamento do CFM (19/06/2013); o laudo do perito oficial é datado de setembro de 2011, enquanto a sentença de improcedência da ação indenizatória foi proferida em 31/10/2012. Assim, não é crível que a autora ficou impossibilitada de juntar os indigitados documentos em momento oportuno, anterior à Sessão de Julgamento. Cumpre pontuar, ainda, que a sentença de improcedência (ação indenizatória) foi anulada, em grau de recurso, por decisão do TJSP, cujo v. acórdão transitou em julgado no dia 21/03/2014.

VII. Não se verifica a alegada distorção do depoimento da autora no Relatório do CFM, vez que ela própria afirmou ter sido aposta na ficha médica apenas a assinatura do marido da paciente, não tendo como se concluir pela presença da paciente quando das informações acerca dos riscos da cirurgia e do prognóstico. Além do mais, a expressão “*prognóstico naturalmente variável da averiguação a céu aberto por pertinência médica*” não retrata a possibilidade de extirpação dos órgãos de reprodução.

VIII. O ingresso na análise do imputado erro médico à autora (aspectos técnicos e éticos) importa em revolver o mérito do processo administrativo, o que é vedado ao Poder Judiciário. O CFM decidiu com base nas provas coligidas no processo administrativo, dando a valoração que considerou pertinente, em total obediência aos princípios inerentes à legalidade e legitimidade. Não se discutiu no processo administrativo a eventual intenção deliberada da autora em provocar a histerectomia na paciente (o que desafiaria processo criminal).

IX. Não há qualquer alusão pelas partes quanto à apreciação do Pedido de Revisão apresentado pela apelante no âmbito do processo administrativo, o que impossibilita a análise do pedido sucessivo.

X. Corrigido, de ofício, o erro material existente na sentença, com fulcro no art. 494, inc. I, do CPC, para considerar o arbitramento da verba honorária nos termos do art. 85, § 8º e incs. I a IV do § 2º, do CPC (e não art. 84 do CPC).

XI. Correto e adequado o valor de honorários advocatícios sucumbências em R\$ 1.000,00, para cada réu, atualizado até o pagamento, diante da complexidade da causa, grau de zelo profissional, tempo exigido e o trabalho realizado pelos advogados (art. 85, § 2º, incs. I a IV, do CPC). A causa é de valor inestimável e foi atribuído pela autora valor de R\$ 1.064,00 e, dessa forma, caso fixada a verba honorária sucumbencial em seu grau máximo (20% sobre o valor da causa – art. 85, § 3), redundaria em R\$ 212,80, a ser dividido entre os dois réus remanescente, mostrando-se irrisório.

XII. Corrigido, de ofício, erro material. Negado provimento ao recurso de apelação da autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu corrigir de ofício o erro material e negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora ELEUSINA DARDIS DE TOLEDO contra a r. sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 24ª Vara Cível de São Paulo/SP, que julgou improcedente a presente Ação Declaratória de rito ordinário, na qual se busca a nulidade da decisão do Conselho Federal de Medicina – CFM exarada no Processo Ético-Profissional (PEP nº 8433-509/88), que impôs à autora a penalidade de suspensão do exercício profissional por 15 (quinze) dias (art. 22, d, da Lei nº 3.268/1957), reformando a decisão absolutória do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, e, sucessivamente, a nulidade da decisão que similarmente venha a substituí-la por conta do Pedido de Revisão da autora no processo ético, absolvendo-a da penalidade disciplinar.

A presente Ação Declaratória de rito ordinário (conversão de Medida Cautelar Inominada) foi aforada por ELEUSINA DARDIS DE TOLEDO contra o Conselho Federal de Medicina – CFM, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP e MEYRE CONCEIÇÃO DOS SANTOS REIS, em 18/11/2013.

Consta da exordial que a autora ELEUSINA, médica especializada em ginecologia e obstetrícia, atendeu a paciente e corré MEYRE, em sede do serviço credenciado da empresa SIM – Serviço Ibirapuera de Medicina, a qual já vinha se submetendo a diagnósticos e tratamentos para engravidar com a ginecologista Drª Lucy (sete anos), sem obter resultado favorável.

Afirma que MEYRE sofria de dores pélvico-abdominais constantes, podendo evoluir para um quadro de suboclusão intestinal e outros obstrutivos e, assim, propôs uma averiguação cirúrgica, informando à paciente e seu esposo os riscos cirúrgicos e a possibilidade de não reversão da infertilidade.

Salienta que, realizada a cirurgia, “*procedeu-se ao engajado debridamento das múltiplas aderências com bom resultado na manutenção da integridade orgânica que inclusive foi posteriormente comprovada por exame anatomopatológico macroscópico*”. No entanto, ocorreu um sangramento inoperante, ou seja, uma incontida hemorragia por possível neovascularização dos tecidos aderidos na zona cruenta da cirurgia, com a realização de todos os procedimentos para a sua contenção, resultando, contudo, em histerectomia (retirada do órgão reprodutor).

Decorridos 04 (quatro) anos da cirurgia, a paciente e corré MEYRE moveu a Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais nº 0163051-82.2003.8.26.0100 em face da autora, com trâmite na 6ª Vara Cível do Foro Central desta Capital, na qual lhe imputava erro médico, quando foram produzidos dois laudos periciais favoráveis à ora autora – Laudo do IMESC e Laudo do Perito Oficial nomeado –, sobrevivendo sentença de absolvição.

Aduz que MEYRE, em virtude da não oferta de acordo à pretensa compensação financeira nos autos da demanda indenizatória, ingressou, paralelamente, com o Processo Ético-Profissional, o qual, inicialmente, foi arquivado. Porém, reformada a decisão de arquivamento pelo CFM, seguiu-se a instrução, culminando na absolvição da autora na primeira instância administrativa, por decisão proferida pelo CREMESP.

Discorre que, não conformada, MEYRE interpôs recurso perante o CFM, quando foi aplicada à autora a pena de suspensão do exercício profissional por 15 (quinze) dias, modificando a decisão de absolvição do CREMESP.

Assevera que a decisão do CFM foi proferida em breve julgamento e baseada em relatório errôneo, desvirtuado dos autos, em desleixado desprezo a um ilibado exercício profissional da autora documentado pela ausência de qualquer outra acusação ética em quarenta anos de profissão.

Aponta que, na Sessão de Julgamento realizada pela 7ª Câmara do CFM, em 19/06/2013 (dia de jogo da Copa das Confederações – com recesso administrativo decretado por diversas repartições do Distrito Federal), após cinco horas de espera, a autora promoveu sustentação oral, reiterando os motivos da absolvição em primeira instância ética, além de apresentar novos documentos, a saber, o laudo do perito oficial e a sentença absolutória confeccionados na demanda indenizatória, os quais, todavia, foram inexplicavelmente recusados.

Esclarece que os aludidos documentos novos não foram acostados ao processo disciplinar em momento anterior, vez que se encontrava no “alçar dos trâmites de julgamento”, havendo subido à segunda instância (CFM), mediante o recurso interposto por MEYRE.

Salienta que o relatório do CFM distorceu o depoimento da autora, quando narra dissonante que ela havia solicitado a assinatura do marido da paciente em sua ficha médica sem a presença da mesma, quando o registro era expresso em esclarecer a presença do casal por ocasião da informação dos riscos cirúrgicos e do “*prognóstico naturalmente variável da averiguação a céu aberto por pertinência médica*”.

Afirma que em virtude da forma como ocorreu o julgamento pelo CFM, ingressou com Pedido de Revisão, visando modificar o julgado, mediante a apreciação das provas novas (laudo do perito judicial e sentença absolutória no Juízo Cível) rejeitadas informalmente pelo CFM, destacando que o Pedido de Revisão não comporta efeito suspensivo, o que justifica o ajuizamento da presente demanda, para que não sofra a injusta difamação ética, que deverá ser executada pelo CREMESP.

Requeru, liminarmente, a suspensão da decisão do CFM, até julgamento final desta demanda e, no mérito, a nulidade da decisão do CFM que impôs a pena de suspensão do exercício profissional. Ao final, foi atribuído à causa o valor de R\$ 1.064,00 (18/11/2013).

Posteriormente, a autora atravessou emenda à inicial para a conversão da Medida Cautelar em Ação Declaratória de rito ordinário, ocasião em que apresentou o pedido sucessivo de nulidade da decisão que similarmente venha substituir a decisão de suspensão do exercício profissional, por conta do Pedido de Revisão da autora no processo ético, absolvendo-a da penalidade disciplinar.

Em decisão, datada de 22/11/2013, o MM. Juízo *a quo*: (a) recebeu a emenda à inicial, com a conversão da Medida Cautelar em Ação de rito ordinário; (b) excluiu a corrê MEYRE do polo passivo por ilegitimidade *ad causam*, sob o fundamento de que eventual nulidade da decisão administrativa não será a esta; e (c) deferiu o pedido de antecipação da tutela, para determinar a suspensão da penalidade imposta no âmbito administrativo (Id. 90587253, págs. 22/27).

Os corréus CREMESP e CFM ofertaram contestação (Id's 90587253, págs. 36/43, e 90587258, págs. 44/82 e 85/123, respectivamente), seguindo-se réplicas pela autora (Id. 90587259, págs. 15/18, e Id. 90587259, págs. 19/24, respectivamente).

Devidamente processado o feito, sobreveio r. sentença, proferida em 19/06/2018, na qual o MM. Juízo de piso julgou improcedente esta ação e extinguiu o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, cassando a tutela provisória. Condenou a autora ao pagamento das custas processuais, assim como em honorários advocatícios arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada réu, atualizado até o efetivo pagamento, por considerar ínfimo o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 84, § 8º e incisos I a IV do § 2º, do citado *Codex* (Id. 90587259, págs. 39/52).

Inconformada, interpôs a autora recurso de apelação.

Nas razões recursais (Id. 90587259, págs. 54/60), alega que a autora adotou diagnóstico e procedimento adequados, decorrendo a extirpação do órgão reprodutor da paciente MEYRE da necessidade de se combater a hemorragia incontinente ocorrida no curso da cirurgia, face ao emergente risco de vida, conforme reconhecido tanto na decisão do CREMESP (de absolvição) como nos laudos confeccionados nos autos da ação indenizatória movida pela paciente contra a autora – laudo do IMESC e laudo do perito judicial. Consigna que a autora atendeu a uma *“indicação cirúrgica após esgotados métodos vigentes de reposição e investigação de infertilidade da paciente, persistente em práticos dez anos de tentativa; (...)”*. Sustenta, ainda, que a autora *“cientificou paciente e esposo anuentes acerca dos riscos cirúrgicos normais e ambivalência do método procurado diante da possível irreversibilidade do quadro infértil, (...)”*. Aduz que o ato administrativo atacado sofreu vício de legalidade, pois imputou à apelante pena desvinculada da lei, ao não apontar comissão ou omissão médica tipificada como negligência, imprudência ou imperícia. Afirma, ademais, que o CFM não reconheceu como “prova nova” o laudo oficial feito por indicação jurisdicional (ação indenizatória), tendo recusado a sua apreciação na oportunidade em que ofertado para tanto (Sessão de Julgamento). Por fim, alega descabida a verba honorária em desacordo com o valor inestimável e simbólico atribuído à causa.

O CFM, em contrarrazões ao apelo (Id. 90587259, págs. 82/106), afirma que o ato administrativo atacado não apresenta nulidades, tendo sido efetuado o correto enquadramento dos fatos e aplicada a penalidade cabível, de forma fundamentada, além de garantida a ampla defesa e o contraditório. Sustenta que o procedimento cirúrgico foi precipitado, desnecessário, provocando dano gravíssimo e irreversível à paciente, além da falha na transmissão de informações e na formalização do seu consentimento. Destaca que o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito do ato administrativo para sopesar a gravidade dos fatos ou avaliar o enquadramento dado à conduta ética da médica, pois trata de matéria iminentemente técnica/ética. Afirma, ainda, que o laudo apresentado pela requerente baseou-se em alegações unilaterais da mesma, não tendo o condão, tecnicamente, de alterar as conclusões condenatórias. Requer, assim, o desprovemento do recurso de apelação.

O CREMESP, em contrarrazões (Id. 90587259, págs. 107/115), afirma que a autora, ora apelante, não apontou qualquer ilegalidade no Processo Ético Profissional, fazendo apenas afirmações relacionadas ao mérito processual. Aduz que não se vislumbra ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa à apelante, inexistindo qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a ensejar providências do Judiciário e tampouco reforma da r. sentença recorrida. Explicita que as “novas provas” alegadas desconsideradas, tais como a sentença absolutória no Juízo Civil, não vinculam a decisão do Processo Ético (esfera independente), e até mesmo porque tal decisão foi anulada, como bem observado na r. sentença ora recorrida. Por seu tur-

no, afirma correta a fixação da verba honorária nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, tendo em vista a complexidade da causa e o trabalho realizado pelo advogado. Pugna pelo não provimento do apelo.

O recurso de apelação foi recebido no efeito devolutivo, com fulcro no artigo 1.012, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil (Id. 90587259, pág. 117).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora ELEUSINA DARDIS DE TOLEDO contra a r. sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 24ª Vara Cível de São Paulo/SP, que julgou improcedente a presente Ação Declaratória de rito ordinário, na qual se busca a nulidade da decisão do Conselho Federal de Medicina – CFM exarada no Processo Ético-Profissional (PEP nº 8433-509/88), que impôs à autora a penalidade de suspensão do exercício profissional por 15 (quinze) dias (art. 22, *d*, da Lei nº 3.268/1957), reformando a decisão absolutória do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, e, sucessivamente, a nulidade da decisão que similarmente venha a substituí-la por conta do Pedido de Revisão da autora no processo ético, absolvendo-a da penalidade disciplinar.

A autora, ora apelante, ingressou com a presente ação com o escopo de obter provimento jurisdicional para a nulidade da pena aplicada pelo CFM, nos autos do Processo Ético-Profissional nº 8443-509/08, de suspensão do exercício profissional por 15 (quinze dias), prevista no artigo 22, alínea *d*, da Lei nº 3.268/1957, que reformou a decisão do CREMESP de absolvição, e, sucessivamente, a nulidade de similar decisão que venha substituí-la por conta do seu Pedido de Revisão.

O processo ético foi instaurado por denúncia da paciente MEYRE CONCEIÇÃO DOS SANTOS REIS, em razão de procedimento cirúrgico realizado pela autora, médica especializada em ginecologia e obstetrícia, que resultou em histerectomia.

O Poder Judiciário, no âmbito do controle jurisdicional de controle do processo administrativo disciplinar, está adstrito ao exame da legalidade e legitimidade do ato administrativo impugnado, não podendo emitir juízo de valor quanto ao mérito.

O Conselho Federal de Medicina e o Conselho Regional de Medicina detém a prerrogativa para fiscalizar o exercício profissional e impor as sanções cabíveis aos médicos que incidirem em condutas contrárias à ética profissional, nos termos da Lei nº 3.268/1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958.

Extrai-se da leitura dos autos, que o Processo Ético-Profissional nº 8443-509/08 tramitou sob a égide do devido processo legal, com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo sido precedido da Sindicância para a investigação do suposto ato de infração ao Código de Ética Médica.

A decisão administrativa proferida pelo CFM (Id. 90587252, págs. 88/116), que aplicou a penalidade de suspensão do exercício profissional, não está eivada de qualquer ilegalidade ou nulidade a ser sanada, uma vez que proferida após a análise do conjunto probatório. Ademais, encontra-se devidamente fundamentada, com a imposição de pena disciplinar prevista na legislação pertinente (art. 22, *d*, da Lei nº 3.268/1957), por infração ao Código de Ética Médica.

O CFM, com base nas provas coligadas, considerou que a autora, então denunciada, afrontou o Código de Ética Médica, *“principalmente no art. 29, quando foi imprudente, negligente e imperita, causando danos irreparáveis a paciente, quando a mutilou e pior a castração, pois o anatomopatológico foi claro, os ovários estavam normais e endométrio secretor provando que a mesma ovulava, também afrontou o art. 46 quando efetuou o procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévio da paciente, afrontou o art. 56 quando desrespeitou o direito da paciente de decidir livremente sobre a execução do ato, afrontou o art. 57 quando não utilizou todos os meios de diagnósticos em favor da paciente”*.

Não prospera a alegação de que a decisão administrativa atacada estaria maculada de ilegalidade em razão de o CFM ter desconsiderado *“inexplicavelmente”* a juntada de *“novas provas”* pela autora na Sessão de Julgamento, as quais se consubstanciariam na sentença de improcedência e no laudo do perito oficial pertinentes à Ação de Indenização nº 0163051-82.2003.8.26.0100 movida pela paciente contra ela por erro médico, em trâmite na 6ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP, porque sequer vinculam o Processo Ético-Processual, diante da independência entre as esferas administrativa e judiciária.

Além disso, da análise dos autos, não se encontra qualquer registro acerca da tentativa da juntada das *“novas provas”* durante a *Sessão de Julgamento*, quando proferida a decisão pelo CFM rechaçada nesta demanda. Nada consta a esse respeito na Ata de Julgamento (Id. 90587252, pág. 117), nem logrou a autora, de outra forma, comprovar o alegado.

Deveras, ainda que se entenda dispensada a demonstração da tentativa da juntada das aludidas *“novas provas”*, é certo que, em momento anterior à Sessão de Julgamento do CFM, foi oportunizado à autora manifestar sobre o aguardo da apresentação do laudo do perito judicial, quando, então, afirmou desnecessário.

Nesse aspecto, temos que, em *setembro de 2.010*, a paciente/denunciante MEYRE informou ao CREMESP a suspensão da audiência de instrução e julgamento na demanda indenizatória para a realização do laudo por perito oficial, visto que o magistrado entendeu imprescindível a complementação do laudo do IMESC (já apresentado) – Id. 90587218, págs. 48/53. Intimada para manifestação (Id. 90587218, pág. 56), a autora, em *novembro de 2010*, afirmou a autonomia do Conselho para a análise dos fatos e do conteúdo debatido no processo ético, bem como asseverou que o laudo do IMESC (já anexado no processo administrativo) *“não apresentou a obscuridade interpretada pelo Juízo ao realizar a leitura do mesmo (...)”*, e, ainda, que *“Não se induz a equívoco esse Conselho que possui conhecimento técnico suficiente a compreender o conteúdo não só do laudo do IMESC, mas dos próprios assistentes técnicos acerca do quanto foi objeto de investigação e atendimento médico da denunciante”* – (Id. 90587128, págs.63/65).

Ora, a própria autora havia afirmado no processo ético, além da autonomia dos Conselhos de Medicina, a desnecessidade do laudo do perito judicial do Juízo Cível, o qual, nesta ação, afirma, contrariamente, imprescindível ao deslinde do Processo Ético-Profissional, asseverando que a desconsideração de sua juntada pelo CFM acarreta a nulidade da decisão disciplinar atacada.

Impende observar, também, que as *“novas provas”* já eram existentes e disponíveis muito antes da Sessão de Julgamento do CFM, realizada em *19/06/2013*. O laudo do perito oficial é datado de *setembro de 2.011* (Id. 90587214, págs. 60/72), enquanto a sentença de improcedência da ação indenizatória foi proferida em *31/10/2012*. Assim, não é crível que a autora ficou impossibilitada de juntar os indigitados documentos em momento oportuno, anterior à Sessão de Julgamento do CFM.

Cumpra pontuar, ainda, que a sentença de improcedência proferida nos autos da Ação Indenizatória nº 0163051-82.2003.8.26.0100, conforme bem observado na r. sentença ora recorrida, foi anulada, em grau de recurso, por decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, cujo v. acórdão transitou em julgado no dia 21/03/2014, a teor da consulta processual realizada naquele Tribunal (Id. 90587259, pág. 25).

Melhor sorte não socorre à autora no tocante à alegação de que o Relatório do CFM distorceu o seu depoimento, ao narrar dissonante que ela havia solicitado a assinatura do marido da paciente em sua ficha médica *sem a presença da mesma*, quando o registro era expresso em esclarecer a presença do casal por ocasião da informação dos riscos cirúrgicos e do “*prognóstico naturalmente variável da averiguação a céu aberto por pertinência médica*”.

É fato que a própria autora afirmou ter sido aposta na ficha médica apenas a assinatura do marido da paciente, não tendo como se concluir pela presença da paciente quando das informações acerca dos riscos da cirurgia e do prognóstico. Além do mais, a expressão “*prognóstico naturalmente variável da averiguação a céu aberto por pertinência médica*” não retrata a possibilidade de extirpação dos órgãos de reprodução, conforme consignado na r. sentença hostilizada.

Laudo outro, é de se ressaltar que o ingresso na análise do imputado erro médico à autora (aspectos técnicos e éticos), atinente ao diagnóstico e procedimento cirúrgico por ela adotados, importa em revolver o mérito do processo administrativo, o que é vedado ao Poder Judiciário.

O CFM decidiu com base nas provas coligidas no processo administrativo, dando a valoração que considerou pertinente, em total obediência aos princípios inerentes à legalidade e legitimidade.

Note-se que não se discutiu no processo administrativo a eventual intenção deliberada da autora em provocar a histerectomia na paciente (o que desafiaria processo criminal), mas tão somente se houve ou não a correção no diagnóstico e a adequação/necessidade do procedimento cirúrgico, considerados, todavia, inadequados pelo CFM, com infringência ao Código de Ética Médica.

Assim, entendo pela inexistência de qualquer ilegalidade ou ilegitimidade a macular a decisão do CFM que impôs à autora a pena de suspensão do exercício profissional por 15 (quinze) dias, a qual deve manter-se hígida, não comportando a sua nulidade neste âmbito de controle jurisdicional.

Por sua vez, não há qualquer alusão pelas partes, nestes autos, quanto à apreciação do Pedido de Revisão apresentado pela apelante no âmbito do processo administrativo, o que impossibilita a análise do pedido sucessivo.

Da verba honorária

A autora combate ainda o *valor fixado a título de honorários advocatícios* na r. sentença recorrida, na ordem de R\$ 10.000,00, para cada réu, atualizado até o efetivo pagamento, com substrato pelo magistrado no artigo 84, § 8º e incisos I a IV do § 2º, do Código de Processo Civil, por considerar ínfimo o valor atribuído à causa, a qual seria de valor inestimável.

Por pertinente, registro que a r. sentença incorreu em *erro material* ao apontar como fundamento o artigo 84 do Código de Processo Civil, quando o correto seria o artigo 85 (que trata dos honorários sucumbenciais), o que pode ser corrigido de ofício, *ex vi* do disposto no artigo 494, inciso I, do mesmo *Codex*. Assim, deve ser considerado o arbitramento da verba honorária nos termos do artigo 85, § 8º e incisos I a IV do § 2º, do Código de Processo Civil (e não art. 84 do CPC).

Quanto ao valor arbitrado, entendo como correto e adequado, mediante uma ponderação equitativa, diante da complexidade da causa, grau de zelo profissional, tempo exigido e o trabalho realizado pelos advogados (art. 85, § 2º, incs. I a IV, do CPC).

A presente causa é de valor inestimável e foi atribuído pela autora valor de R\$ 1.064,00 (R\$ 1.518,00, atualizado até abril/2020 – fator de correção de 1,4274923) e, dessa forma, caso fixada a verba honorária sucumbencial em seu grau máximo (20% sobre o valor da causa – art. 85, § 3), redundaria em R\$ 212,80 (R\$ 303,60, atualizado até abril/2020 – fator de correção de 1,4274923), a ser dividido entre os dois réus remanescente, mostrando-se irrisório.

Destarte, não merece reparos a r. sentença quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais.

Isto posto, corrijo, de ofício, o erro material quanto ao fundamento legal na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, com fulcro no artigo 494, inciso I, do Código de Processo Civil, a fim de que seja considerado o artigo 85, § 8º e incisos I a IV do § 2º, do Código de Processo Civil, e nego provimento ao recurso de apelação interposto pela autora, nos termos da fundamentação acima exarada.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0022625-17.2015.4.03.6100

Apelante: AUTO POSTO VIA BRESSER LTDA - EPP

Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. PODER DE POLÍCIA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. REINCIDÊNCIA EM INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PERÍODO DEPURADOR. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. A questão posta nos autos diz respeito a anulação do processo administrativo nº 48620.000300/2012-60, bem como das penalidades oriundas dos autos de infração nº 332172, 384101, 383758 e 383759.

2. A Agência Nacional do Petróleo - ANP é uma autarquia especial, instituída pela Lei 9.478/97, com a finalidade de promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Dentre as suas atribuições está a de regular e fiscalizar diretamente e de forma concorrente as atividades da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato, conforme disposto no artigo 8º, VII, XV, do supracitado diploma legal.

3. A Lei nº 9.847/99 estabelece a imposição de multa em caso de comercialização de combustíveis com especificação diversa da autorizada e de destinação do produto não permitida ou autorizada pelo órgão competente, além da hipótese de remoção do produto depositado em estabelecimento ou instalação suspensa ou interditada.

4. A parte autora não logrou êxito em produzir provas suficientes para elidir a presunção de legitimidade e veracidade de que goza o auto de infração. A interdição total ou parcial do estabelecimento configura ato discricionário da Administração Pública, diante das circunstâncias do caso concreto, cabendo ao Judiciário tão somente verificar possíveis excessos na atuação.

5. Em relação ao valor da pena de multa, aplicada no valor de R\$ 1.125.000,00, entende-se pela exclusão do percentual aplicado a título de reincidência sobre todas multas aplicadas. Isso porque, considerando a data do trânsito em julgado do processo antecedente e o término da instrução do processo que embasou os autos de infração em discussão, verifica-se o decurso do prazo de 02 (dois) anos, não havendo, assim, que se falar em reincidência, nos termos do art. 2º, § 1º, da Resolução ANP nº 08, de 22/02/2012.

6. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, vencidos o Relator e a Des. Fed. CECILIA MARCONDES, que o faziam em maior extensão. Lavrará o acórdão o Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por *Auto Posto Via Bresser Ltda.* em face da *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP*, objetivando a anulação do processo administrativo nº 48620.000300/2012-60, bem como das penalidades oriundas dos autos de infração nº 332171, 384101, 383758 e 383759.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (ID 90237523 - Pág. 89-104).

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados no mínimo das faixas previstas no §3º do art. 85 do CPC (observados os excedentes nas faixas subsequentes), quantificando-se quando do cumprimento do julgado (ID 90237523 - Pág. 128-144).

O autor apelou, sustentando, em síntese, que:

a) mesmo após a análise da amostra 1 “prova” pelo IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo, em que se constatou que a gasolina comum apresentava teor de etanol em índices superiores ao determinado na legislação e que o etanol demonstrava desconformidade no teor de metanol e na condutividade elétrica, bem como da perícia na amostra “contraprova”, a qual acusou a conformidade dos combustíveis, os autos de infração foram julgados subsistentes;

b) se não houve adulteração de combustíveis, o apelante não pode responder pela infração administrativa consubstanciada na “destinação não autorizada e remoção e comercialização de produto depositado em instalações interditas”;

c) o § 2 do artigo 33, do Decreto 2.953/99, determina que a interdição estará limitada à parte do estabelecimento, instalação, obra ou equipamento necessária à eliminação do risco ou da ação danosa verificada”, e não de todo o estabelecimento, como fez a parte ré, incluindo aqueles bicos e bombas que apresentavam conformidade e adequação com a legislação;

d) tendo a interdição e apreensão dos produtos ocorrido em 26/01/2012 e o retorno das atividades da empresa somente em 10/05/2012, quando a medida já havia se tornado ineficaz, dada a extrapolação do prazo legal, a autuação não poderia ter sido lavrada;

e) a aplicação da multa no importe de R\$ 1.125.000,00 (um milhão, cento e vinte e cinco mil reais) mostra-se injusto, desproporcional e inadequado, impondo sanção em medida superior ao necessário para atender o interesse público, contrariando o disposto no inciso VI, do parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.784/99;

f) caso mantida a autuação, ao menos seja reduzida a multa para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do processo administrativo nº 48620.000300/2012-60, bem como das penalidades oriundas dos autos de infração nº 332172, 384101, 383758 e 383759.

Extraí-se dos autos que, em 26.01.2012, em virtude de fiscalização da ANP, foi lavrado o auto de infração nº 332172, após o agente constatar que a gasolina C aditivada comercializada pelo estabelecimento autor se encontrava fora das especificações, apresentando 60% de etanol, quando o permitido é de 20% (vinte por cento), com variação de mais ou menos 1% (um por cento). Na ocasião foram coletadas as amostras dos combustíveis (prova e contraprova) e interditados cautelarmente todos os bicos e bombas do posto autor.

Posteriormente, foi lavrado o auto de infração nº 384101, diante da desconformidade do etanol etílico hidratado com a legislação de regência.

Verifica-se, ainda, que, no dia 10.05.2012, o auto de infração nº 383758 teria sido lavrado pela ANP em razão da suposta destinação não autorizada dos produtos apreendidos, os quais deveriam ter sido encaminhados à distribuidora para reprocessamento, conforme notificação enviada ao autor.

Por fim, na mesma data, os agentes fiscalizadores lavraram o auto de infração nº 383759 sob o fundamento de que as amostras “prova” do combustível etanol etílico hidratado, encaminhadas a laboratórios do Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo - IPT, estavam fora das especificações legais, em relação à condutividade elétrica e ao teor de metanol estabelecidos na legislação, com volante de 96,7%, quando o volume máximo de metanol é de 1%, culminando tais autuações na aplicação de multa no valor de R\$ 1.125.000,00 (um milhão, cento e vinte e cinco mil reais).

O autor, por sua vez, alega que foi intimado para comparecer ao IPT para a realização de análise nas amostras “contraprova”, e o resultado teria demonstrado que tanto a gasolina quanto o etanol apreendidos estavam dentro das especificações, o que não foi suficiente, mesmo assim, para cancelar a autuação, que resultou na aplicação de multa em valor excessivo.

Pois bem. A Agência Nacional do Petróleo - ANP é uma autarquia especial, instituída pela Lei 9.478/97, com a finalidade de promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

Dentre as suas atribuições está a de regular e fiscalizar diretamente e de forma concorrente as atividades da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato, conforme disposto no artigo 8º, VII, XV, do supracitado diploma legal. *Verbis:*

“Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

(...)

VII - fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as ati-

vidades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato.
(...)

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”.

A Lei nº 9.847/99, por seu turno, estabelece a imposição de multa em caso de comercialização de combustíveis com especificação diversa da autorizada e de destinação do produto não permitida ou autorizada pelo órgão competente, além da hipótese de remoção do produto depositado em estabelecimento ou instalação suspensa ou interditada. Veja-se:

“Art. 30 A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:
(...)

II - importar, exportar ou comercializar petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis em quantidade ou especificação diversa da autorizada, bem como dar ao produto destinação não permitida ou diversa da autorizada, na forma prevista na legislação aplicável:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)

(...)

XIV - extraviar, remover, alterar ou vender produto depositado em estabelecimento ou instalação suspensa ou interditada nos termos desta Lei:

Multa - de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)”.

Registre-se que o auto de infração é dotado de fé pública e presunção relativa de legitimidade e veracidade, o que significa que as informações e conclusões que contenha somente podem ser afastadas se houver prova em contrário.

A respeito da questão, os seguintes precedentes desta Corte Regional:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ADMINISTRATIVO - AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - AUTO DE INFRAÇÃO - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE.

1. *O auto de infração é ato administrativo dotado de presunção relativa de veracidade e legitimidade.*

2. *A alteração da conclusão da autoridade fiscalizadora depende de prova, a cargo do interessado.*

3. O apelante admite a ocorrência do fato ensejador da aplicação da penalidade administrativa, mas contesta, em decorrência da boa-fé e do princípio da proporcionalidade, a legalidade da autuação.

4. Entretanto, tais alegações não foram comprovadas. Portanto, o auto de infração é regular.

5. A regra da menor onerosidade (art. 620, do CPC de 1973) não visa inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor.

6. É faculdade da Fazenda Pública a substituição dos bens penhorados por outros. Ademais, a penhora de dinheiro é preferencial.

7. *Apelação improvida”.*

(ApCiv 0003754-55.2014.4.03.6105, DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2017.) (grifei)

“ADMINISTRATIVO - NORMAS DE METROLOGIA - AUTOS DE INFRAÇÃO E APREENSÃO - IPEN/SP - LEGITIMIDADE PARA A FISCALIZAÇÃO E AUTUAÇÃO - BOMBAS DE COMBUSTÍVEL - PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO - ALTERAÇÃO DO MODELO

APROVADO INICIALMENTE PELO INMETRO - INFRAÇÃO CONFIGURADA (ITEM 13.1, PORTARIA 23/85 DO INMETRO) - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - APREENSÃO CAUTELAR DOS EQUIPAMENTOS - PODER DE POLÍCIA - LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - EXAME PERICIAL - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - SENTENÇA MANTIDA.

1. O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO) foi instituído pela Lei nº 5.966/73, com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Nesse mister, foram criados o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO), órgão normativo e supervisor do SINMETRO (arts. 2º e 3º), e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), órgão executivo central do sistema (art. 4º). (...)

7. *Os autos de infração constituem atos administrativos, revestidos, dessarte, de presunção 'juris tantum' de legitimidade e veracidade. Assim, apenas mediante prova inequívoca da inexistência dos fatos descritos neles descritos, os quais, de resto, se amoldam à conduta descrita 'in abstracto' na norma, seria possível a desconstituição da autuação.*

8. As medidas de polícia administrativa gozam de auto executoriedade, prerrogativa que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, auto riza a Administração Pública a 'promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias' (*in* Curso de Direito Administrativo, 14ª edição, 2002. Malheiros Editores - p. 716). (...)

11. Não evidenciada a má-fé da parte, incabível a aplicação das penas previstas no art. 18 do CPC. Precedentes”.

(ApCiv 0017597-15.2008.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2014.) (grifei)

“MANDADO DE SEGURANÇA - TERMOS DE FISCALIZAÇÃO - TERMO DE SUSPENSÃO DE COMERCIALIZAÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - DIREITO À DEFESA - FÉ PÚBLICA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE

A autoridade coatora, ao lavrar o auto de infração, não deixou de observar o conjunto de regras que disciplina o processo administrativo. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura a todos, ainda que em procedimento administrativo, o devido processo legal, a fim de garantir a ampla defesa, o contraditório, a publicidade e o impulso oficial. A alegação quanto à ofensa à ampla defesa não deve prosperar, uma vez que a impetrante não se utilizou dos meios de defesa colocados à sua disposição e deixou transcorrer o prazo para o pedido de contraprova. A autoridade coatora não dispensou qualquer possibilidade de defesa por parte da impetrante. Quanto ao argumento de inobservância da Instrução Normativa nº 15/2003, que recomenda a assinatura de duas testemunhas nos Termos de Fiscalização, cumpre ressaltar que coletar tais assinaturas não constitui condição de validade para a eficácia do Termo de Fiscalização. *Os fiscais, no regular exercício de suas funções, revestem-se de presunção de legitimidade e de veracidade, em virtude da fé pública de que gozam.* Apelação não provida”. (ApCiv 0006318-12.2006.4.03.6000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/12/2012.) (grifei)

No caso em apreço, todavia, a autora não logrou êxito em produzir provas suficientes para elidir a presunção de legitimidade e veracidade de que goza o auto de infração.

Cumprasseverar que as amostras “prova” dos combustíveis foram encaminhadas ao laboratório do Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo – IPT, tendo sido concluído

pelo Instituto que a gasolina comum comercializada pelo estabelecimento autor estava fora das especificações legais.

O autor, então, foi intimado para comparecer ao IPT e apresentar as amostras “contraprova” para análise, contudo, o resultado foi diferente do anterior, informando que os combustíveis estavam dentro das especificações.

A ANP, por sua vez, diante dessa grande diferença entre as amostras “prova” e “contraprova”, e da inexistência de razões técnicas para tal divergência, entendeu que as amostras não eram relativas aos mesmos produtos, mantendo válidos os autos de infração nºs 332172, 384101, 383758 e 383759 (ID 90237523 - Pág. 25-39).

Com efeito, se a divergência nos resultados não pôde ser explicada pelo próprio IPT ou mesmo pelo Centro de Pesquisas e Análises Tecnológicas da agência reguladora, não há como afastar a presunção de legitimidade da amostra “prova”, que, analisada previamente à “contraprova”, corrobora os termos das autuações.

Além disso, no momento da fiscalização, o combustível irregular foi apreendido e o posto autuado instruído a obter autorização junto à ANP para retirar o produto e encaminhá-lo à distribuidora para reprocessamento, visando adequá-lo às especificações; no entanto, o combustível foi retirado do estabelecimento sem a prévia autorização da ANP e doado para a Prefeitura Municipal de Diadema, restando, assim, evidente a destinação diversa da determinada pelos agentes da ANP.

Trata-se, em verdade, de duas infrações administrativas praticadas pelo autor: comercializar combustível fora das especificações e dar destinação diversa ao produto, nos termos da Lei nº 9.847/99.

A propósito, a interdição total ou parcial do estabelecimento configura ato discricionário da Administração Pública, diante das circunstâncias do caso concreto, cabendo ao Judiciário tão somente verificar possíveis excessos na autuação.

Considerando, assim, que o fato de que os bicos de abastecimento 1 e 2 da bomba da série FA5832DEF, bem como os bicos 3 e 4 da bomba de série FC 7456DEF, interligados ao tanque de armazenamento nº 2, continham gasolina C aditivada fora das especificações, com 60% de Etanol, a interdição total do estabelecimento se mostrou razoável.

No que diz respeito ao prazo para a desinterdição, cabe destacar que os agentes da ANP estiveram no estabelecimento do autor em 15.02.2012, mas nenhum responsável pelo posto estava no local, o que impediu, naquele momento, a reversão da medida cautelar.

O autor, por sua vez, solicitou novamente a desinterdição apenas no dia 02.05.2012, tendo a ANP oito dias depois procedido à liberação do estabelecimento, o que se deu dentro do prazo legal, em observância ao disposto no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.847/99.

Já em relação ao valor da pena de multa, aplicada no valor de R\$ 1.125.000,00 (um milhão, cento e vinte e cinco mil reais), cumpre tecer alguns comentários.

Há reincidência quando a empresa distribuidora de combustível, uma vez condenada administrativamente pelo cometimento de uma infração, com decisão definitiva, transitada em julgado, praticar nova infração, no prazo de dois anos, nos termos do artigo 2º da Resolução ANP nº 8/2012 (redação original), em vigor à época dos fatos. Confira-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. ANP. AUTO DE INFRAÇÃO. VENDA DE COMBUSTÍVEL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEI Nº 9.847/99. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Apelação contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante, no

sentido de que fosse declarada a nulidade dos autos de infração nº 315417, 282807 e 304925, com a consequente extinção da multa aplicada.

2. Insurge-se o apelante, na origem, contra a multa que lhe foi imposta, no valor de R\$ 2.305.000,00 (dois milhões, trezentos e cinco mil reais) e contra a decisão que revogou a sua autorização de revenda de combustível.

3. O revendedor de combustíveis automotivos está obrigado a garantir a qualidade daquilo que oferece ao público, razão pela qual deve responder pela comercialização de produtos fora das especificações técnicas. A atuação da ANP tem como escopo tanto proteger o consumidor, ao impedir que combustível adulterado seja comercializado, como evitar concorrência desleal entre as empresas, prevenindo e desestimulando a prática de atos ilegais e garantido que o consumidor tenha acesso às informações de seu interesse (...)

6. *A reincidência é caracterizada quando a nova conduta infracional for precedida de uma condenação definitiva que não tenha ocorrido há mais de dois anos, conforme preconiza o art. 3º da Resolução nº 8/2012.* À época do cometimento da infração nº 315417, o apelante já possuía em desfavor decisão administrativa que o condenara por infração também definida no art. 3º, inciso XI, da Lei nº 9.847/99. Tal conduta havia sido objeto do processo administrativo 48610012998/2002-11, no qual foi proferida decisão que se tornou definitiva em 4.4.2009.

7. *O prazo de reincidência é contado a partir da data do trânsito em julgado da decisão condenatória até o cometimento de nova infração, conforme prevê o art. 2º da Resolução nº 8/2012.* No caso, a infração foi 1 cometida em fevereiro de 2010, não tendo havido, portanto, o transcurso do prazo de dois anos contados a partir de abril de 2009, ocasião em que se deu o trânsito em julgado da decisão administrativa.

8. A Resolução nº 8/2012 regulou o § 1º do art. 8º da Lei nº 9.847/99, estipulando critério temporal em prol da segurança jurídica, para fins de aplicação de penalidades por reincidência, razão pela qual não há que se falar em inaplicabilidade da norma por ter sido editada após a prática do fato gerador da autuação. (...)

11. Apelação não provida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Rio de Janeiro, 29 de maio de 2018 (data do julgamento). RICARDO PERLINGEIRO Desembargador Federal” (AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0012174-81.2014.4.02.5101, RICARDO PERLINGEIRO, TRF2 - 5ª TURMA ESPECIALIZADA. ORGAO_JULGADOR:.) (grifei)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE DE REVOGAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. LEI 9.874/99. RESOLUÇÃO ANP Nº 08/2012. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de apelação interposta pelo POSTO DE GASOLINA MATINADA LTDA nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato do SUPERINTENDENTE DE FISCALIZAÇÃO DO ABASTECIMENTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP, objetivando o cancelamento da revogação da autorização aplicada pela ANP, e a consequente republicação no Diário Oficial da União da autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis.

2. Ao que se apura dos autos, a Impetrante inicialmente foi autuada pela infração de revenda de combustíveis fora das especificações da ANP no âmbito do processo nº 48610.021518/2011-44, com base no art. 3º, XI, da Lei nº 9.847/99, tendo a respectiva decisão transitado em julgado em 18/09/2008.

3. Em seguida, foi novamente penalizada em 20/07/2010, tendo em vista o armazenamento e a comercialização de Etanol Hidratado Combustível fora das especificações estabelecidas pela agência reguladora, enquadrando-se a infratora no art. 3º, XI, da Lei nº 9.847/99 (processo nº 48610.018916/2010-44), a qual ensejou na revogação da autorização para o exercício de

atividade, em razão da reincidência, nos termos do artigo 10 da mesma lei e do artigo 2º da Resolução ANP nº 08/2012.

4. A Apelante confunde a data do cometimento do ato ilícito, marco para o cômputo do prazo para fins de reincidência, com o momento da lavratura definitiva do auto de infração. No caso, a data de cometimento da infração coincide com o momento do ato de exercício do Poder de Polícia (20/07/2010), em que coletadas amostras para análises laboratoriais, não devendo ser confundida com a data de lavratura do auto de infração - haja vista que a autuação somente pode ocorrer após o agente público encontrar-se de posse do relatório de ensaio enviado pelo laboratório, ou seja, em 22/11/2010.

5. *Na hipótese não transcorrerá mais de dois anos entre a data do trânsito em julgado da decisão que condenou o Posto de Gasolina Matizada nos autos do Processo Administrativo nº 48610.021518/2001 (18/09/2008) e a data do cometimento da nova infração, que ocorreu em 20/07/2010, quando a Fiscalização da ANP coletou as amostras 1 de etanol reprovadas em teste laboratorial, restando, assim, caracterizada a reincidência para fins de aplicação da penalidade de revogação da autorização para revenda de combustíveis.*

6. Recurso desprovido”.

(AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0000180-56.2014.4.02.5101, FLAVIO OLIVEIRA LUCAS, TRF2 - 6ª TURMA ESPECIALIZADA..ORGAO_JULGADOR:.) (grifei)

Deste modo, conforme disposto no § 1º do artigo 8º da Lei nº 9.847/99, não há se falar em reincidência, na hipótese dos autos, para fins de agravamento da pena de multa, pois as infrações em questão foram praticadas entre os meses de janeiro e maio de 2012, e o trânsito em julgado da decisão proferida no processo administrativo nº 48621.000614/03-61 ocorreu em 18.02.2009, ou seja, em prazo superior a dois anos (ID 90237519 - Pág. 37).

Afastada, portanto, a reincidência, a multa há de ser reduzida para seu mínimo legal, ou seja, R\$ 520.000,00 (quinhentos e vinte mil reais), nos termos do artigo 3º, incisos II e XIV, da Lei nº 9.847/99.

Por fim, na sistemática processual vigente estabelecida pela Lei nº 13.105/2015, fica vedada a compensação dos honorários advocatícios no caso de sucumbência parcial de ambas as partes, diante da natureza alimentar do crédito, de forma que, *a priori*, cada parte deveria ser condenada em verba honorária, nos termos do que dispõe o artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil.

Sendo assim, os honorários arbitrados em primeira instância devem ser suportados na proporção de cinquenta por cento para cada uma das partes em litígio.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO PARCIAL* à apelação para reduzir o valor da multa para R\$ 520.000,00 (quinhentos e vinte mil reais).

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Peço vênua ao e. Relator para divergir e dar parcial provimento à apelação, em menor extensão, pelos fundamentos que passo a expor:

Extrai-se dos autos que a multa consolidada no valor de R\$ 1.125.000,00 (um milhão, cento e vinte e cinco mil reais) é resultante de quatro infrações praticadas pela apelante, a

saber: 1) armazenar e comercializar gasolina aditivada fora das especificações, quanto ao teor de etanol anidro; 2) armazenar e comercializar etanol hidratado fora das especificações, quanto à condutividade elétrica e ao teor metanol; 3) dar destino não autorizado ao produto; e 4) remover ou comercializar produto depositado em instalações interditadas.

As duas primeiras encontram-se tipificadas no inciso XI do artigo 3º da Lei nº 9.847/99, a terceira no inciso II e a quarta no inciso XIV, *verbis*:

Art. 3º. A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:
(...)

II – importar, exportar, revender ou comercializar petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível, em quantidade ou especificação diversa da autorizada, bem como dar ao produto destinação não permitida ou diversa da autorizada, na forma prevista na legislação aplicável:

Multa – de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

(...)

XI - comercializar petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destina ou lhes diminuam o valor:
Multa - de 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

(...)

XIV - extraviar, remover, alterar ou vender produto depositado em estabelecimento, instalação suspensa ou interdita nos termos desta Lei:

Multa - de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais);

A decisão administrativa, que julgou subsistentes os autos de infração (fl. 170 dos autos físicos), detalhou os valores das multas para cada infração, apresentando os fundamentos que as embasaram:

Infrações	Tipificação (inciso)	Valor da multa (R\$)
01	XI	53.000,00
02	XI	500.000,00
03	II	22.000,00
04	XIV	550.000,00
05	-	-
Total para o processo (R\$)	1.125.000,00	

Verifica-se que as infrações 3 e 4 foram aplicadas nos valores mínimos previstos no citado artigo 3º, ao passo que as infrações 1 e 2 foram fixadas em patamares maiores, levando-se em consideração a gravidade, vantagem auferida, antecedentes e condição econômica.

No caso da infração 1, “a gravidade da infração, de comercializar gasolina C comum fora das especificações da ANP, ultrapassa o limite do que seria normal e intrínseco à violação da norma regulamentadora em decorrência dos danos causados ao consumidor e ao meio ambiente, de acordo com a Nota Técnica nº 352/CPT/SBQ. Nesse caso, considerando-se o percentual de 60% de etanol encontrado nos testes de análise de qualidade, deve a multa ser agravada em 125% sobre o seu valor mínimo somando-se a este a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).”. E no caso da infração 2, a gravidade, sem dúvidas, foi o fator determinante para a fixação da multa em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), diante da toxicidade do metanol para o ser humano. Segundo a fiscalização “a inalação por seres humanos de concentrações de vapores de METANOL, provoca irritação das membranas mucosas do trato respiratório e sinais e sintomas de efeitos sistêmicos, que incluem distúrbios locais: irritação e coceira na pele, dermatite e eczema, distúrbios digestivos: náuseas, vômito e cólica e distúrbios neurológicos: dor de cabeça, fadiga, insônia, vertigens, tremores, ruído nos ouvidos, visão turba, visão dupla e cegueira”.

Para as duas infrações, verificou-se a vantagem auferida, já que a adição de substância indevida ou superior à devida ampliou a margem de lucro do revendedor.

No tocante à reincidência, verifica-se que todas as penas foram agravadas em 10% (dez por cento) sobre o mínimo legal, exercendo influência na fixação dos valores acima dos patamares mínimos. Diante da existência de processo antecedente (nº 48621.000614/2003), com decisão administrativa transitada em julgado, a multa foi majorada em 10%.

A Resolução ANP nº 08, de 22/02/2012, ao definir prazo para consideração das condenações definitivas que caracterizam a reincidência, dispõe em seu artigo 2º, § 1º:

Art. 2º Verifica-se a reincidência quando o estabelecimento/instalação infrator(a) pratica nova infração prevista na Lei nº 9.847/99, depois de definitivamente condenado administrativamente.

§ 1º Para efeitos de reincidência, não serão consideradas condenações anteriores se entre a data do cumprimento integral da pena pecuniária ou sua extinção e do cometimento da infração em julgamento tiver decorrido período de tempo igual ou superior a dois anos.

Considerando a data do trânsito em julgado do processo antecedente e o término da instrução do processo que embasou os autos de infração em discussão, verifica-se o decurso do prazo de 02 (dois) anos, não havendo, assim, que se falar em reincidência.

Nesse passo, de rigor a exclusão do percentual aplicado a título de reincidência sobre todas multas aplicadas.

Mantidos, no mais, os valores aplicados, uma vez que não houve ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme os fundamentos acima delineados, a apelada agiu de acordo com a discricionariedade que lhe é permitida pelo artigo 4º da Lei nº 9.847/99.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, em menor extensão, para excluir o percentual aplicado a título de reincidência sobre as multas aplicadas.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL

5000555-02.2017.4.03.6115

Apelante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
Apelado: PEDRO LUIS GALLO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2020

EMENTA

SERVIDOR. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRAZO LEGAL ULTRAPASSADO.

1. Consoante os arts. 152 e 167 da Lei 8.112/1990, o processo disciplinar não pode exceder sessenta dias, prorrogáveis por igual período, e a autoridade julgadora tem vinte dias, contados do recebimento do processo, para proferir decisão, totalizando cento e quarenta dias. Conforme precedentes desta Corte e do STJ, uma vez decorrido tal prazo a existência de PAD's não pode configurar óbice ao andamento de pedido de aposentadoria voluntária.
2. Hipótese dos autos em que o processo administrativo disciplinar instaurado contra o autor tramita por tempo superior ao fixado em lei.
3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por servidor da UFSCar objetivando o prosseguimento de seu processo de aposentadoria voluntária, afastando-se o óbice do art. 172 da Lei 8.112/1990.

Foi proferida a sentença ID 8131081, complementada pela decisão ID 8131134, julgando procedente a ação para “o fim de determinar à Ré que proceda à conclusão do procedimento administrativo de aposentadoria do autor até o dia 30.09.2018, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais), até o limite de R\$ 60.000,00 (sessenta mil) reais, em favor do autor”.

Apela a UFSCar (ID 8131139), sustentando, em síntese, que seria *extra petita* a decisão ao estabelecer prazo de trinta dias para conclusão do processo administrativo enquanto apenas foi requerido “o prosseguimento do processo de aposentação do requerente, afastando-se a incidência do artigo 172 da Lei nº 8.112/90”, bem como a inexistência de excesso de prazo.

Com contrarrazões subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Inicialmente, registro que incide, no caso, o disposto no artigo 496, I, do CPC, sujeitando-se a sentença ao reexame necessário, ora tido como interposto.

Debate-se nos autos sobre a incidência ou não do disposto no art. 172 da Lei 8.112/1990, que prevê que servidor que responde a processo administrativo disciplinar somente pode se aposentar voluntariamente após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, caso aplicada.

Ao início, afasto a alegação de nulidade da sentença por supostamente ser extra petita, uma vez que a fixação de prazo para conclusão do processo administrativo do autor visa garantir a eficácia da decisão, não transbordando os limites do pedido, em suma tratando-se de providência necessária ao cumprimento de decisão que seja favorável ao autor, e afinal de todo despropositada é a alegação, pois não fixar prazo significaria determinação de imediato cumprimento.

A sentença proferida concluiu pela procedência da ação, entendendo seu prolator que:

“A regra prevista no art. 172 da Lei nº 8.112/90 tem por escopo evitar manobra pelo servidor tendente a frustrar eventual aplicação de penalidade disciplinar, bem como, em análise última, evitar dispêndio de recursos com eventual aposentadoria, a qual poderia ser cassada futuramente. Se de um lado mostra-se razoável a intenção do legislador, afinada aos princípios da legalidade, eficiência e moralidade administrativa; de outro lado, tem-se que a situação do servidor não pode se perpetuar indefinidamente à espera de uma solução do procedimento administrativo disciplinar para o gozo de sua aposentadoria.

(...)

Nesse passo, a doutrina e a jurisprudência têm considerado como razoável à conclusão do processo administrativo disciplinar o prazo de 140 (cento e quarenta) dias, mediante a interpretação dos artigos 152 e 167 da Lei nº 8.112/90. É dizer, 120 dias para a apuração e 20 dias para julgamento.

(...)

Dessarte, extrapolado o prazo legal, tem-se manifesta violação ao direito fundamental em testilha.

Consoante se infere dos documentos juntados aos autos, o procedimento administrativo disciplinar foi instaurado pela Portaria GR nº 1307/15, em 12.06.2015, e até o ajuizamento da presente demanda, em 07.08.2017, ainda não havia merecido o necessário desfecho.

Da singela análise dos autos do processo administrativo disciplinar, verifica-se que não há complexidade na instrução do feito apta a ensejar tamanha modorra.”

Ponho-me de acordo com a sentença proferida.

O art. 172 da Lei 8.112/1990 assim dispõe:

“Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.”

Por outro lado, da leitura dos arts. 152 e 167 da Lei 8.112/1990 extrai-se que o processo disciplinar não pode exceder sessenta dias, prorrogáveis por igual período, e que a autoridade julgadora tem vinte dias, contados do recebimento do processo, para proferir decisão:

“Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

§ 1º Sempre que necessário, a comissão dedicará tempo integral aos seus trabalhos, ficando seus membros dispensados do ponto, até a entrega do relatório final.

§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.”

“Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.

§ 2º Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave.

§ 3º Se a penalidade prevista for a demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o julgamento caberá às autoridades de que trata o inciso I do art. 141.

§ 4º Reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)”

Destarte, o prazo máximo de duração de um processo administrativo disciplinar, de acordo com os preceitos legais, é de 140 dias e, conforme precedentes desta Corte e do STJ, uma vez decorrido tal prazo a existência de PAD's não pode configurar óbice ao andamento de pedido de aposentadoria voluntária. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA EM QUE O AGRAVANTE, AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL, OBJETIVA O PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO REFERENTE À SUA APOSENTADORIA, QUE FOI OBSTADO EM RAZÃO DE RESPONDER A PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, EM ANDAMENTO. PAD QUE EXCEDEU O PRAZO PARA CONCLUSÃO, PREVISTO NO ART. 152 DA LEI Nº 8.112/90 E QUE NÃO PODE CONSTITUIR ÓBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DO AGRAVANTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

I. O agravante já possui tempo de contribuição suficiente para postular a concessão de aposentadoria com vencimentos integrais, mas tal pedido foi sobrestado até a conclusão do processo administrativo disciplinar que foi instaurado em 22/06/2012 e o prazo para sua conclusão expirou-se em 12/11/2012.

II. O art. 152 da Lei nº 8.112/90 estabelece que o prazo para conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data da publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo.

III. Já o art. 167 da mesma Lei nº 8.112/90 prevê o prazo de 20 (vinte) dias contados do recebimento do processo, para que a autoridade julgadora profira sua decisão, totalizando 140 (cento e quarenta) dias que, na hipótese dos autos, foi extrapolado, sem justificativa bastante para tanto.

IV. Situação que penaliza o agravante, na medida em que veda o exercício do direito de aposentar-se por tempo de contribuição.

V. Precedentes.

VI. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª R.; AI 0021091-73.2013.4.03.0000; SP; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Antonio Carlos Cedenho; Julg. 31/03/2014; DEJF 09/04/2014; Pág. 498);

“AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do c. STJ, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. *Mostra-se despicienda a discussão acerca da possibilidade ou não da instauração de processo administrativo disciplinar, de per si, obstar o andamento do pedido de aposentadoria voluntária, uma vez preenchidos os requisitos legais para tanto, já que o prazo legal para a conclusão da apuração disciplinar foi claramente afrontado pela autoridade impetrada, situação que, a persistir, afronta o legítimo direito do servidor que opta pela inatividade.*

3. *O impetrante não pode ser prejudicado em razão da demora da conclusão do processo administrativo disciplinar, sob pena de estarmos diante de um evidente cerceamento de direito ou da aplicação precoce de uma eventual punição, sem o devido processo legal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.*

4. Agravo improvido.”

(TRF 3ª R.; AgRg-AMS 0016656-89.2013.4.03.6100; SP; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva; Julg. 17/03/2015; DEJF 27/03/2015; Pág. 183);

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 172, DA LEI 8.112/90.

- A interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 8.112/90 remete à conclusão de que o processo administrativo disciplinar deve ser concluído no prazo máximo de 140 dias, ou seja, 120 dias para a apuração e 20 dias para o julgamento.

- *Resulta ilegal o ato que indeferiu pedido de aposentadoria, por aplicação equivocada da disposição contida no art. 172 do Estatuto dos Servidores Cíveis, na hipótese em que o processo disciplinar perdura por cerca de 11 anos, ainda pendente de conclusão.*

- Recurso especial não conhecido.”

(REsp 371.138/PR, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2002, DJ 01/07/2002, p. 419).

No caso vertente, verifica-se que o processo administrativo disciplinar foi instaurado, através da Portaria GR ° 1307/15, em 12 de junho de 2015, não havendo nos autos ainda notícias de seu encerramento, concluindo-se, portanto, que a hipótese é de tramitação de PAD por prazo superior ao fixado em lei, a autorizar a aplicação da orientação jurisprudencial acima mencionada.

Diante do insucesso do recurso interposto é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que, ressalvados os limites indicados no referido dispositivo legal, majoro em R\$ 100,00 (cem reais) os honorários advocatícios fixados na sentença, acréscimo que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no §2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e à remessa oficial, tida por interposta, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5002244-11.2018.4.03.6127

Apelante: NESTLÉ BRASIL LTDA.

Apelado: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2020

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADES INEXISTENTES. MULTA. INFRAÇÃO METROLÓGICA. PERÍCIA E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa em razão do indeferimento da prova pericial, pois incumbe ao julgador apreciar a utilidade e a pertinência da prova requerida e indeferi-la caso ausentes tais requisitos, nos termos do artigo 464 do CPC, o que restou cumprido.

2. Não comprovado, outrossim, prejuízo ao contraditório decorrente do procedimento adotado pela autoridade administrativa, pois a simples leitura dos “*Laudos de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos*” revela com clareza e objetividade os produtos submetidos a exame pericial, não se presumindo nulidade sem prejuízo (*pas de nullité san grief*).

3. Documentado nos autos que a autuada teve ciência da data da perícia administrativa para que dela pudesse participar, não restando demonstrada qualquer mácula no exame pericial no sentido de afastar a conclusão de divergência de peso nos produtos indicados nos laudos, mesmo tendo plena ciência dos produtos recolhidos e tendo sido instada a acompanhar a perícia administrativa. Ademais, a apelante não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer os resultados que constaram dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos, não tendo demonstrado inadequação da realização e conformidade desta, pois teve a oportunidade de participar presencialmente da realização da prova técnica e, após a decisão administrativa, interpor recurso.

4. O ato administrativo é revestido de presunção de veracidade e legitimidade que, embora não seja absoluta, somente pode ser afastada por comprovação suficiente de eventual ilegalidade.

5. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por tal motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases desde a produção até a comercialização. Se, conforme alegou a apelante, o produto sujeita-se a perdas previsíveis de peso, em razão de transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar para que no curso de toda a cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca.

6. O auto de infração observou todos os requisitos dos artigos 7º e seguintes da Resolução 08/2006 do CONMETRO, sendo que a especificação da sanção não é requisito obrigatório, mormente porque a dosimetria da pena é realizada posteriormente no bojo do devido processo administrativo no qual são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção.
7. Não existe previsão legal de aplicação sucessiva das sanções previstas na Lei 9.933/1999, no sentido de obrigar a fiscalização a aplicar, primeiramente, a advertência e somente depois a multa. O órgão fiscalizador, portanto, possui discricionariedade na escolha da pena aplicável, de modo que não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo, quando demonstrada, como no caso, que a penalidade não se afigura desproporcional ou ilegal.
8. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que, em embargos à execução fiscal, julgou improcedente o pedido, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para afastar a cobrança de multa administrativa aplicada por colocação no mercado de produto em quantitativo contrário aos parâmetros legais, nos termos da Lei 9.933/1999, sem condenação em honorários advocatícios.

Alegou-se: (1) cerceamento de defesa, em decorrência da necessária prova pericial, indeferida pelo Juízo, sendo que o item 2.2. da Resolução CONMETRO 248/2008 esclarece que o produto pré-medido é aquele que é embalado ou medido sem a presença do consumidor, durante o processo de fabricação, e não nos locais de venda e distribuição, e ofensa ao artigo 1.022, do CPC, pois a sentença foi obscura quanto ao quadro para estabelecimento de penalidade e omissa quanto aos critérios de aplicação de multa, devendo ser anulada; (2) são nulos os autos de infração e os processos administrativos, diante da ausência de informações essenciais em documentos, pois no “*Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades*” constaram informações incorretas e incompletas; (3) inobservância do artigo 9º-A da Lei 9.933/1999, tendo em vista a ausência de critérios para quantificação do valor aplicado, consequentemente tornando a aplicação da sanção completamente ilegal; e (4) a multa aplicada não é razoável, pois a infração não foi grave e não impôs lesão de ordem econômica ou moral aos consumidores, assim como não acarretou lucros e, portanto, deve ser afastada ou reduzida, considerando a ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa, em afronta aos artigos 19 da Resolução 8 do CONMETRO e 2º e 50 da Lei 9.784/1999, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente, afasta-se a alegação de nulidade por ter sido indeferida a produção de prova pericial.

Com efeito, o artigo 5º, LIV e LV, da CF/1988, assegura a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. A norma constitucional garante a produção de todos os meios de prova admitidos pelo ordenamento jurídico que possam influir na convicção do julgador quanto ao direito invocado pela parte.

É cediço, contudo, que não se trata de direito absoluto, pois incumbe ao julgador apreciar a utilidade e a pertinência da prova requerida e indeferi-la caso ausentes tais requisitos, conforme dispõe o artigo 464, § 1º, do CPC.

No caso, foi indeferida a produção da prova pericial nos seguintes termos:

“Indefiro a produção da prova pericial requerida pela embargante pelo simples motivo de que a averiguação de produtos, que não sejam aqueles verificados no lote que originou a lavratura do auto de infração, não irá refletir na realidade que se busca. Contudo, defiro à embargante a juntada de novos documentos, bem como a prova emprestada requerida, no prazo de 15 (quinze) dias.” (ID 136113629)

“Reafirmo que a prova pericial cuja produção foi requerida pela embargante é totalmente irrelevante para o deslinde do feito. De fato, a embargante pleiteou a coleta de novas amostras, inclusive em sua fábrica, e a realização de perícia nessas novas amostras, a fim de comprovar que não permite que saiam da fábrica produtos com variação de volume. Ora, o que está em discussão são as amostras coletadas pelos fiscais, não outras. Ainda que se constatasse da colheita de novas amostras a inexistência de qualquer irregularidade, isso nada alteraria o fato de que as amostras objeto do auto de infração apresentavam peso inferior ao indicado. Assim, considerando que é perfeitamente admissível a colheita de amostras no ponto de venda, como feito pela fiscalização, permanece incólume a presunção de veracidade do ato administrativo impugnado.” (ID 136113636)

De fato, a apelante pretende a realização de perícia acerca de produtos semelhantes “diretamente na fábrica”. Entretanto, a realização da perícia sobre os produtos coletados na fábrica é irrelevante ao deslinde da controvérsia, pois recairia sobre lotes de épocas distintas, inservíveis como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita.

Assim, demonstrada a impertinência da perícia, sob os argumentos apontados pela embargante, não se vislumbra cerceamento de defesa.

Aliás, neste sentido, o seguinte precedente da Turma:

ApCiv 5000059-63.2019.4.03.6127, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, Intimação via sistema 11/09/2020:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que

cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos.

2. A avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

3. A Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

4. Conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem. Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

5. É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO ‘uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais’ (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

6. Não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram ao prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

7. A sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

8. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais.

9. A multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

10. Apelação improvida.”

Em relação aos vícios apontados nos embargos de declaração, rejeitados pelo Juízo sem suprimimento, a alegação confunde-se com o mérito do recurso com o qual deve ser analisado.

Na espécie, os documentos acostados demonstram que ficou constatado pela perícia administrativa a reprovação de produtos em exame quantitativo, nos critérios individual e da média, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem.

Contudo, sustentou-se que houve preenchimento equivocado e erros de cálculo da média praticados pelo apelado, que impactaram negativamente o percentual da gravidade das infrações, levando à majoração indevida das multas, sendo, assim, passíveis de anulação os autos de infração e processos administrativos 52624.001386/2016-17, nos termos dos artigos 11, parágrafo único, e 12 da Resolução 08/2006 do CONMETRO.

A respeito, ressaltou-se na decisão recorrida que:

“Não há irregularidade formal no auto de infração, pois apresenta todas as informações exigidas pelo art. 7º da Resolução Conmetro n. 08/2006. Vale dizer, dos autos de infração constam (a) local, data e hora da lavratura, (b) identificação do autuado, (c) descrição da infração, (d), dispositivo normativo infringido, (e) indicação do órgão processante e (f) identificação e assinatura do agente autuante, conforme facilmente se observa da análise do referido ato administrativo em análise.

Não se exige que o auto de infração contenha a informação da data de fabricação e o lote das amostras colhidas. Aliás, essas informações poderiam ser facilmente obtidas pela embargante, pois foi intimada a acompanhar a realização da perícia. Portanto, a eventual falta de informação no auto de infração do lote e data de fabricação das amostras não tem sequer o potencial de causar qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa por parte da embargante, não havendo qualquer vício de ordem formal a reconhecer.” (ID 136113636)

Com efeito, conforme indicado pelo Juízo *a quo*, a autora não demonstrou o alegado prejuízo ao contraditório decorrente do procedimento adotado pela autoridade administrativa, sendo ainda possível verificar nos autos reprodução de imagem do produto periciado que permitem sua perfeita identificação (ID 136113602, f. 10).

Ademais, a alegação de equívocos no preenchimento do cálculo do critério da média no processo administrativo não veio acompanhada de contraprova apta a deslegitimar as conclusões da perícia realizada pelo autuante, e nem de elementos que demonstrassem cabalmente que teriam sido enquadrada a infração em agravante com majoração da sanção aplicada. Ao contrário, a penalidade mostra-se compatível com a infração verificada e com as circunstâncias de sua prática, conforme aferido, vez que, tendo sido obtido valor individual e médio inferior ao mínimo aceitável, a conclusão lógica é a reprovação dos produtos neste critério.

Sobre tal questão, aliás, esclareceu ainda a apelada que “*no que toca à aplicação de multa, mais precisamente quanto à sua gradação, não se encontra ligada a quantidade de variações encontradas nos produtos fiscalizados, mas, sim, apenas ao fato infracional em si, de forma que a gravidade não está ligada a quantidade dos desvios constatados, mas apenas ao fato irregular apurado, qual seja, a mera existência da irregularidade comprovada*” (ID 136113653).

É relevante destacar que incide, na hipótese, o princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo (*pas de nullité san grief*), cuja aplicação é amplamente admitida nos processos administrativos, consoante remansosa jurisprudência:

AC 0003100-29.2013.4.03.6000, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e-DJF3 27/04/2018: “DIREITO ADMINISTRATIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE SEMENTES. LOTE COM NÚMERO DE SEMENTES DE OUTRAS ESPÉCIES ACIMA DO PERMITIDO E COM PORCENTAGEM DE SEMENTES PURAS ABAIXO DO PADRÃO. ARTS. 177, XII E 181, I, C/C O ART. 201 DO ANEXO DO DECRETO Nº 5.153/2004, QUE REGULAMENTA A LEI Nº 10.711/2003. CORRETO ENQUADRAMENTO. APELANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROCESSUAL DE DESCONSTITUIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SEM DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MULTA FIXADA EM VALOR ADEQUADO, RAZOÁVEL E PROPORCIONAL, NÃO HAVENDO FUNDAMENTO PARA CONVERSÃO EM ADVERTÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. O autor foi autuado por comercializar sementes de sua produção com número de sementes de outras espécies acima

do permitido pelo padrão nacional e com porcentagem de sementes puras abaixo do padrão, condutas que configuram as infrações previstas nos arts. 177, XII e 181, I, c/c o art. 201 do Anexo do Decreto nº 5.153/2004, que regulamenta a Lei nº 10.711/2003. 2. Está correto o enquadramento no inciso I do art. 180 porque ficou caracterizada a fraude, nos termos do § 4º do art. 201 do Anexo do Decreto nº 5.153/2004, já que o resultado analítico foi inferior a 50% do padrão mínimo (o lote apresentou 4,3% de sementes puras). Portanto, não faz o menor sentido a pretensão de enquadramento da infração no art. 177, X. Também é correto o enquadramento no inciso XII do art. 177 porque foram encontradas sementes de outras espécies cultivadas acima do permitido. 3. *Aquele que litiga contra o Estado sabe, ou pelo menos deve saber, de antemão, que tem a incumbência de desconstituir em Juízo a presunção de veracidade e legitimidade de que se reveste o ato administrativo, e deve fazê-lo mediante prova sólida, que não deixe pairar dúvida sobre a ilegalidade/ilegitimidade do ato.* 4. O apelante não se desincumbiu desse ônus processual, pois dispensou expressamente a produção de prova, não havendo nos autos nada que comprove que o fiscal federal coletou amostras fora dos padrões determinados, sequer que houve falha no armazenamento das sementes por parte de seu parceiro comercial. Aliás, vale registrar que no processo administrativo o apelante foi intimado por meio de ofício, sobre o seu direito de requerer a reanálise das sementes, mas não se manifestou. Portanto, não há nada que afaste a presunção de legitimidade e veracidade da autuação. 5. Eventual excesso de prazo para conclusão do processo administrativo não gera, por si só, a nulidade do feito. *A propósito, calha registrar que em sede de matéria punitiva e disciplinar ‘a jurisprudência deste Supremo Tribunal é no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo à parte que suscita o vício; não se decreta nulidade processual por presunção’* (MS 31199, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014). Em semelhante sentido: MS 27751 ED-AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21-11-2016 PUBLIC 22-11-2016. Ou seja, ‘...não havendo prejuízo para qualquer das partes, nenhum ato processual será declarado nulo, conforme o brocardo “pas de nullité sans grief”...’ (AI 764402 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-08 PP-01774). Não se pode olvidar, ademais, que os prazos fixados no art. 200, IV e X do Anexo do Decreto nº 5153/200 são prazos impróprios e não se confundem com prazos prescricionais ou decadenciais. 6. Quanto à penalidade imposta, inexistente fundamento para conversão da multa em advertência, destinada apenas às infrações de natureza leve e que não se referirem a resultados fora dos padrões de qualidade das sementes e das mudas (art. 197 do Decreto nº 5153/2004). 7. A multa foi fixada no percentual mínimo previsto para cada infração, observando os parâmetros do art. 199, II e III, do Decreto nº 5153/2004, não havendo que se cogitar em violação à razoabilidade e à proporcionalidade, sequer em caráter confiscatório, dada a finalidade de reprimir e desestimular condutas infratoras. 8. Recurso improvido.”

A propósito, a autora não comprovou qualquer mácula na perícia administrativa, no sentido de afastar a conclusão de divergência de peso nos produtos indicados nos laudos, mesmo tendo plena ciência dos produtos recolhidos e tendo sido instada a acompanhar a perícia administrativa.

Com efeito, a embargante não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer os resultados que constaram dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos, não tendo demonstrado inadequação da realização e conformidade desta, pois teve a oportunidade de participar presencialmente da realização da prova técnica e, após a decisão administrativa, interpor recurso.

Neste ponto, cabe destacar que o ato administrativo é revestido de presunção de veracidade e legitimidade que, mesmo não sendo absoluta, somente pode ser afastada por comprovação suficiente da eventual ilegalidade, o que não se verificou no caso dos autos.

Nem se diga que foi atribuído valor absoluto à perícia administrativa, pois o próprio procedimento adotado, em que se permite a participação do autuado, viabiliza a fiscalização e controle por parte do interessado quanto à metodologia aplicada. Caberia, portanto, ao autuado trazer elementos robustos capazes de enfraquecer ou afastar as conclusões da perícia, elementos estes que poderiam ser colhidos no momento em que o responsável pelo produto acompanha a realização do exame técnico.

Na espécie, entretanto, a apelante não trouxe qualquer elemento concreto capaz de afastar a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo e afastar as conclusões da perícia administrativa, cumprindo ressaltar que o “Dossiê de Fabricação” (ID 136113601), que indica critérios de qualidade do produto e segurança no processo de produção, não tem o condão de comprovar eventual desacerto nas conclusões da perícia administrativa.

Noutro ponto, evidencia-se que o auto de infração cumpriu os requisitos dos artigos 7º e seguintes da Resolução 08/2006, do CONMETRO, sendo que a especificação da sanção não é requisito obrigatório do auto de infração, mormente porque a dosimetria da pena é realizada posteriormente no bojo do devido processo administrativo, em que são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção, tendo sido tal procedimento observado no caso concreto.

Outrossim, é dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por tal motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização. Ademais, se o produto sujeita-se a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração decorre da omissão do produtor em diligenciar para que no curso de toda a cadeia de fornecimento seja, de fato, preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca.

Não existindo evidências de que tenha havido qualquer alteração devido ao transporte e acondicionamento do produto capaz de elidir a responsabilidade do produtor, inviável cogitar da nulidade ou ilegalidade da autuação.

Neste sentido, precedente da Turma de que fui relator:

ApCiv 5026600-88.2017.4.03.6100, publicação 27/08/2020:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA. INFRAÇÃO METROLÓGICA. PERÍCIA E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NULIDADES INEXISTENTES. SANÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LEI 9.783/1999. HONORÁRIOS.

1. Infundada a alegação de nulidade, pois não comprovado prejuízo ao contraditório decorrente do procedimento adotado pela autoridade administrativa, pois a simples leitura dos ‘Laudos de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos’ revela com clareza e objetividade os produtos submetidos a exame pericial, não se presumindo nulidade sem prejuízo (*pas de nullité san grief*).

2. Comprovado nos autos que a autuada teve ciência das datas das perícias administrativas para que delas pudesse participar, não restando demonstrada qualquer mácula no exame pericial em que se concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo. Ademais, a autuada teve plena ciência dos produtos recolhidos e foi instada a acompanhar a perícia administrativa e, ainda assim, não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado.

3. O ato administrativo é revestido de presunção de veracidade e legitimidade que, embora não seja absoluta, somente pode ser afastada por comprovação suficiente de eventual ilegalidade.
4. Os autos de infração observaram todos os requisitos dos artigos 7º e seguintes da Resolução 08/2006 do CONMETRO, sendo que a especificação da sanção não é requisito obrigatório, mormente porque a dosimetria da pena é realizada posteriormente no bojo do devido processo administrativo no qual são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção.
5. *É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por tal motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases desde a produção até a comercialização. Se, conforme alegou a apelante, o produto sujeita-se a perdas previsíveis de peso, em razão de transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar para que no curso de toda a cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca.*
6. Não existe previsão legal de aplicação sucessiva das sanções previstas na Lei 9.933/1999, no sentido de obrigar a fiscalização a aplicar, primeiramente, a advertência e somente depois a multa. O órgão fiscalizador, portanto, possui discricionariedade na escolha da pena aplicável, de modo que não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo, quando demonstrada, como no caso, que a penalidade não se afigura desproporcional ou ilegal.
7. Constatada a ocorrência da prescrição intercorrente, em relação ao processo administrativo 1156/2012 (IMEPI/PI), vez que houve paralisação do feito entre o período de 06/05/2013 e 12/06/2017, a partir da interposição do recurso administrativo e a decisão de inadmissão do mesmo, ultrapassando-se o prazo legal de três anos, de acordo com o artigo 1º, § 1º, da Lei 9.783/1999. Os réus tiveram oportunidade de manifestação sobre o ponto em contrarrazões, cumprindo-se, portanto, o artigo 487, parágrafo único, do CPC.
8. Em sentido contrário, não há elementos bastantes para análise da pretensão de reconhecimento da prescrição quinquenal para ajuizamento da execução fiscal, em relação ao PA 638/2015, deduzida diretamente nesta instância, vez que a cópia do processo administrativo juntado aos autos se encerra na notificação da decisão da homologação do auto de infração ao autuado, sendo inservível para o reconhecimento a mera cópia de e-mail juntado aos autos, de remetente que sequer utiliza correio eletrônico oficial.
9. Procedida a adequação da condenação em honorários sucumbenciais, pois a sentença fixou, para cada réu contestante, o montante de 10% do valor atualizado da causa (R\$ 87.742,08), o que se afigura exorbitante, pois ultrapassa o máximo previsto no artigo 85, § 3º, I, CPC, razão pela qual cabe arbitrar a verba honorária em 20% do valor atualizado dos autos de infração em relação aos quais sucumbiu a autora, valor este a ser rateado entre os réus vencedores. Quanto à autuação referente ao processo administrativo 1156/2012 (IMEPI/PI), reconhecido intercorrentemente prescrito, condena-se o réu a pagar verba honorária de 10% sobre o valor atualizado do respectivo auto de infração, nos termos do artigo 85, § 3º, I, CPC, vedada compensação (artigo 85, § 14, CPC). Sem verba honorária recursal, pois já atingido o limite máximo percentual a que pode ser a autora sucumbente condenada (artigo 85, § 11, CPC) e, quanto ao réu sucumbente, não são devidos honorários advocatícios adicionais, pois invertida a condenação fixada na origem, não sendo este, ademais, apelante.
10. Apelação parcialmente provida.”

Também improcedente a alegação de que se deve efetuar a aplicação sucessiva das sanções previstas na Lei 9.933/1999, de modo que a multa somente possa ser aplicada depois de sancionada a apelante com prévia advertência. Tal procedimento não tem respaldo legal. O órgão fiscalizador, portanto, possui discricionariedade na escolha da pena aplicável, de acordo

com as circunstâncias da infração praticada, sendo infenso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo para afastar a penalidade eleita pela Administração e escolher outra a seu critério.

Neste colegiado tem sido assentado, a propósito, o entendimento de que, *“quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela”* (AC 0026400-17.2014.4.03.9999, Rel. Juiz Conv. MARCIO CATAPANI, e-DJF3 28/11/2018).

Não se verifica aplicação da multa para além da razoabilidade e proporcionalidade, pois além do caráter punitivo e repressivo pela infração materializada, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor.

No caso, foram observados os parâmetros do artigo 9º da Lei 9.933/1999, tendo sido aplicada, na multa relacionada à execução fiscal, o valor unitário originário de R\$ 8.775,00 (ID 136113600, f. 4), que não se afigura desproporcional ou ilegal, tampouco possui caráter confiscatório, pois corresponde a apenas 0,59% do máximo que a legislação prevê (R\$ 1.500.000,00), atendendo às finalidades legais da sanção, bem assim todos os parâmetros de arbitramento, principalmente à vista da condição econômica da autuada.

Neste sentido, em caso análogo, envolvendo as mesmas partes, assim decidiu a Turma:

ApCiv 5001534-54.2017.4.03.6182, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e - DJF3 09/09/2020: “ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. PESO DO PRODUTO DIVERGENTE DO INDICADO NA EMBALAGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. AUTO DE INFRAÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE MULTA QUE RESPEITA OS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Cabe precipuamente ao Magistrado, na condição de destinatário da prova, a avaliação quanto à sua pertinência. A respeito, prescreve o artigo 370 do Código de Processo Civil que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo.
2. Ainda que assim não fosse, o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa, porquanto a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada. O conflito de interesses envolveu um lote específico, no qual as garantias processuais do fabricante devem se concentrar.
3. A ausência de menção da data de fabricação e do lote não gera a nulidade do auto de infração. O ato ilícito recebeu descrição clara e foi antecedido de instrução procedimental prévia, que detalhou todas as mercadorias em discordância com a metrologia legal – diferença entre o peso nominal e o real.
4. A apelante foi intimada do auto de infração, ofertando defesa administrativa, e foi intimada da perícia técnica, ostentando plenas condições de conhecer os produtos considerados irregulares e de exercer na plenitude as garantias da ampla defesa e do contraditório.
5. A alegação de nulidade do auto de infração não procede. Com efeito, não há qualquer exigência legal no sentido de que o AI deva conter informações específicas acerca dos produtos e das amostras coletados, as quais, contudo, podem ser obtidas pela simples leitura da perícia técnica, da qual, ressalta-se, foi intimada a acompanhar.
6. No que diz respeito à pena aplicada, não verifico nenhum abuso capaz de ensejar a atuação do Poder Judiciário, a qual somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atividade discricionária da Administração.

7. No caso, a multa não extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da constatação de que a empresa reincide na prática e a simples possibilidade de prejuízo a um número indeterminado de consumidores já inspira gravidade (artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 9.933/1999).

8. Se de fato a multa não foi aplicada no mínimo, é inegável estar muito aquém do máximo, não se revelando desproporção entre a infração apontada e o valor de multa fixado, tampouco ilegalidade ante a divergência de valores aplicados em casos análogos eis que, repise-se, foram observados os padrões legais aplicáveis.

9. Apelação desprovida.”

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

5020968-47.2018.4.03.6100

Apelante: COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR

Apelados: ISMAEL ANDRADE DA SILVA, LAERCIO DA SILVA, LIGIA BENITO DA SILVA RICCO, LUIZ FERNANDO SOARES MORACCI

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2020

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. CNEN. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TRABALHO EM ATIVIDADES EXPOSTAS À RADIAÇÃO. JORNADA SEMANAL DE TRABALHO. REDUÇÃO. LEI 1.234/50. INCIDÊNCIA. HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÃO ESPECÍFICA DE PRODUÇÃO DE RADIOISÓTOPOS E RADIOFÁRMACOS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia na verificação do direito dos autores à redução da jornada de trabalho de 40 para 24 horas semanais e o direito ao pagamento das horas extras decorrentes da redução da jornada de trabalho.

2. Cumpre observar que foi devidamente afastada a preliminar de prescrição de fundo de direito, uma vez que, se reconhecida a lesão do direito dos autores de submeterem-se a uma jornada de 24 horas semanais, haveria relação de trato sucessivo e lesão ao direito. Aplica-se ao caso o Decreto n. 20.910/32, que prevê o prazo quinquenal, por serem as prestações de trato sucessivo (Súmula n. 85 do STJ). Assim como, devidamente rejeitada a prescrição bienal, para acolher o pedido subsidiário do réu e reconhecer que as prescrições são quinquenais, ou seja, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Tendo sido a ação proposta em 2017, prescritas as parcelas anteriores a 27/07/2012.

3. Quanto à matéria, estabelece a Lei n.º 8.112/90, em seu art. 19, com a redação conferida pelo art. 22 da Lei n.º 8.270/91: “Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)”. 4. Ainda, o § 1º do mesmo dispositivo prescreve que o “ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. O § 2º esclarece que o disposto no artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)”

5. O Decreto n.º 1.590, de 10 de agosto de 1995, que dispõe acerca da jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais (art. 1º, incisos I, II e, parágrafo único), estatui que a jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, será de oito horas diárias e, a carga horária de quarenta horas semanais, exceto nos casos previstos em lei específica, para

os ocupantes de cargos de provimento efetivo, regime de dedicação integral, quando se tratar de servidores ocupantes de cargos em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento superiores, cargos de direção, função gratificada e gratificação de representação, sem prejuízo da jornada a que se encontram sujeitos, os servidores referidos no inciso II poderão, ainda, ser convocados sempre que presente interesse ou necessidade de serviço.”

6. A Lei n.º 1.234/50, que confere direitos e vantagens a servidores que operam com Raios-X e substâncias radioativas, assim previu no art. 1º que todos os servidores da União, civis e militares, e os empregados de entidades paraestatais de natureza autárquica, que operam diretamente com Raios X e substâncias radioativas, próximo às fontes de irradiação, terão direito a: a) regime máximo de vinte e quatro horas semanais de trabalho; b) férias de vinte dias consecutivos, por semestre de atividade profissional, não acumuláveis; c) gratificação adicional de 40% (quarenta por cento) do vencimento.

7. O artigo 4º estabelece que não serão abrangidos por esta Lei: a) os servidores da União, que, no exercício de tarefas acessórias, ou auxiliares, fiquem expostos às irradiações, apenas em caráter esporádico e ocasional; b) os servidores da União, que, embora enquadrados no disposto no artigo 1º desta Lei, estejam afastados por quaisquer motivos do exercício de suas atribuições, salvo nos casos de licença para tratamento de saúde e licença a gestante, ou comprovada a existência de moléstia adquirida no exercício de funções anteriormente exercidas, de acordo com o art. 1º citado.”

7. Cumpre tecer observações acerca da vigência da Lei n.º 1.234/51 e a sua aplicabilidade ou não ao caso discutido nos autos. Impende aclarar que a Lei n.º 8.112/90, bem como a Lei n.º 8.270/91, não revogaram a Lei n.º 1.234/50, esta foi apenas revogada parcialmente no que concerne ao percentual da Gratificação por Trabalhos com Raios-X, aplicando-se, ao caso, o art. 12 da Lei n.º 8.270/91, que estabelece expressamente que os servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais perceberão adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos seguintes percentuais: cinco, dez e vinte por cento, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente; dez por cento, no de periculosidade.

8. Acrescentam ainda os parágrafos do art. 12 da Lei n.º 8.270/91: “§ 1º que adicional de irradiação ionizante será concedido nos percentuais de cinco; dez e vinte por cento; conforme se dispuser em regulamento; § 2º A gratificação por trabalhos com Raios X ou substâncias radioativas será calculada com base no percentual de dez por cento; § 3º Os percentuais fixados neste artigo incidem sobre o vencimento do cargo efetivo; § 4º O adicional de periculosidade percebido pelo exercício de atividades nucleares é mantido a título de vantagem pessoal; nominalmente identificada; e sujeita aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação dos vencimentos; § 5º Os valores referentes a adicionais ou gratificações percebidos sob os mesmos fundamentos deste artigo; superiores aos aqui estabelecidos; serão mantidos a título de vantagem pessoal; nominalmente identificada; para os servidores que permaneçam expostos à situação de trabalho que tenha dado origem à referida vantagem; aplicando-se a esses valores os mesmos percentuais de revisão ou antecipação de vencimentos.”

9. No caso em comento, da leitura dos documentos denominados Formulários de Informações sobre Trabalho em Área Restrita (107403418 - Pág. 1/secs; 107403436 - Pág. 1/secs.; 107403456 - Pág. 11/secs.; 107403457 - Pág. 1; 107403458 - Pág. 1), se deduz que

os autores exercem atividades diretas com manuseio de elementos radioativos, fontes de radiação ou material radioativo, assim como das Folhas de Informações emitidas pela própria CNEN (107403426 - Pág. 1; 107403457 - Pág. 1; 107403458 - Pág. 1).

10. O CNEN afirma que a jornada de trabalho dos autores é 40 horas semanais, conforme o Decreto nº 1.590/95 e os servidores ingressaram no IPEN em emprego sob o regime da CLT com jornada de 40 horas semanais, exercem a atividade habitual próximos a fontes de radiação e ou substâncias radioativas rotineiramente e que nunca trabalharam em jornada de 24 horas semanais.

11. Cabível a redução da jornada ao regime máximo de vinte e quatro horas semanais de trabalho, eis que comprovados os requisitos para o direito pleiteado.

12. No entanto, do exame dos demonstrativos de pagamento dos autores Fichas Financeiras de 2012 a 2017 (63899829 - Pág. 1/secs.), se verifica que os autores recebem a Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos – GEPR.

13. A GEPR foi instituída pela MP 441/2008, convertida na Lei n. 11.907, de 02 de fevereiro de 2009, que dispõe em seu artigo 285: “Fica instituída a Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos - GEPR, devida aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo integrantes das Carreiras de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, de Desenvolvimento Tecnológico e de Gestão, Planejamento e Infra-Estrutura em Ciência e Tecnologia, de que trata a Lei no 8.691, de 28 de julho de 1993, e do Quadro de Pessoal da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN que, no âmbito do Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares - IPEN, do Instituto de Engenharia Nuclear - IEN e do Centro de Desenvolvimento da Tecnologia Nuclear - CDTN, executem, na forma do regulamento, atividades relacionadas à produção de radioisótopos e radiofármacos, enquanto se encontrarem nessa condição.

14. No entanto, ressalva no § 1º que “somente terá direito à percepção da gratificação de que trata o *caput* deste artigo, o servidor que efetivamente cumprir 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, independentemente do regime de trabalho ser diário, por turnos, escalas ou plantões.”

15. A percepção da GEPR é incompatível com a jornada de 24 (vinte e quatro) horas, necessário, para que os autores façam jus à jornada de 24 (vinte e quatro horas) semanais, a exclusão da percepção da Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos – GEPR.

16. No tocante ao direito às horas extras, a legislação especial é clara ao estabelecer a carga horária máxima de 24 (vinte e quatro) horas semanais de trabalho, bastando, para tanto, a habitual exposição a radiações, motivo pelo qual advém o direito ao ressarcimento pelas horas extras trabalhadas.

17. Tendo em vista que a parte-autora foi remunerada pelo total de 40 horas semanais, a quantia a ser indenizada limita-se ao acréscimo de 50% sobre o limite de 02 horas diárias excedentes, trabalhadas no período, respeitado o limite de 16 horas semanais (correspondentes à diferença entre a jornada de 40 horas cumprida pela autora e a legal reduzida de 24 horas), com seus reflexos, observada a prescrição quinquenal.

18. Há que se mencionar ser incabível a devolução dos valores recebidos a título de GEPR, para posteriormente receberem o equivalente à eventuais horas extras, pois o recebimento da referida gratificação já seria uma contraprestação pelas horas adicionais trabalhadas. Igualmente, indevida a incorporação de tais valores a outras vantagens pecuniárias dos autores, tendo em vista tratar-se de indenização por horas de trabalho além da carga horária prevista na legislação pertinente.

19 Esse entendimento se coaduna com a jurisprudência desenvolvida no âmbito da 1ª Turma desta E. 3ª Corte Regional, que nos casos análogos têm decidido na mesma direção. Precedentes.

20. Quanto aos critérios de atualização monetária, impende salientar que o Superior Tribunal de Justiça ao concluir o julgamento do RE 870.947 com Repercussão Geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança não reflete a perda do poder aquisitivo da moeda, não podendo ser utilizado como índice de correção monetária, afastando-se, portanto, a aplicação do art. 1º- F da Lei 9.494/1997 na redação que lhe conferiu a Lei 11.960/2009, devendo ser aplicado o IPCA-E a partir de 07/2009. Decidiu ainda que, tratando-se de relação jurídica não tributária, os juros de mora deverão observar o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir da entrada em vigor do mesmo dispositivo legal que permanece hígido nesse ponto. (STF, RG, Tema 810, RE 870.947/SE.). Correção monetária e juros de mora constituem matéria de ordem pública, aplicável ainda que não requerida pela parte ou que omissa a sentença, de modo que sua incidência pode ser apreciada de ofício, inclusive em reexame necessário, sem ofensa aos princípios da *non reformatio in pejus* ou da inércia da jurisdição (STJ, REsp 1652776/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/04/2017; AgInt no REsp 1364982/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 02/03/2017). Logo, juros de mora e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo a partir de 07/2009 a correção a ser feita pelo IPCA-E, visto que, em 03/10/2019, o Tribunal Pleno do STF, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração opostos no RE 870.947/SE e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida.

21. Apelação e remessa necessária não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa necessária, mantida a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa necessária, interpostas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, em face sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, nos autos da ação sob o rito ordinário, para reconhecer o direito dos autores à jornada de trabalho de 24 horas semanais disposta no artigo 1º da Lei 1.234/50, no curso de sua relação laboral, sem redução de vencimentos. Condenar a ré ao pagamento de horas extras praticadas nos últimos cinco anos, e seus reflexos no pagamento apenas das férias e 13º salário. Tendo em vista a ínfima sucumbência da parte autora, fica a CNEN condenada ao pagamento de custas e de honorários ao advogado dos autores, tomando-se por base o valor da condenação, sobre o qual devem incidir os percentuais mínimos previstos nos incisos do §3º do artigo 85 do CPC, conforme regra do escalonamento disposta no §5º, valor este a ser

apurado quando da liquidação do julgado, nos termos do § 4º, II do mesmo dispositivo legal. (Valor da causa: R\$ 400.000,00).

Apelou o CNEN, sustentando como razões, em resumo, os seguintes tópicos:

a) da não-aplicação da Lei n.º 1.234/1950 à situação funcional do autor que é servidor público regido pelo RJU, portanto, vedada a aplicação de diplomas legais outros que não a Lei n.º 8.112/90, como fundamento para a redução de jornada;

b) a regulamentação pela Lei 1.234/50 teria necessariamente que prever uma jornada de trabalho menor, pois à época não havia regulamentação de doses de radiação em limites de segurança, muito menos técnicas e equipamentos para monitoramento e controle de exposições.

c) a matéria envolvendo operação com Raios X e substâncias radioativas, anteriormente regulamentada pela Lei n.º 1.234/50, foi objeto de tratamento integral pela Lei n.º 8.112/90, se a CR/88 recepcionou aquele diploma, pode se afirmar, categoricamente, que a Lei n.º 8.112/90 o revogou, tratando de forma diversa a mesma matéria, se com a Lei n.º 8.112/91, os servidores tiveram garantido o direito de estar submetidos a doses de irradiação dentro dos limites de segurança, não haveria qualquer fundamento para se reduzir a jornada de trabalho destes mesmos servidores.

d) deve ser aplicado o artigo 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09, quanto a correção monetária e juros;

e) pugna, caso mantida a jornada de 24 horas semanais para determinar a redução da remuneração dos apelados proporcional à redução da jornada, determinando, ainda, a restituição das gratificações que pressupõem jornada de 40 horas semanais por eles recebidas no período não prescrito, bem como para declarar a não incidência de adicional de horas extra sobre gratificação natalina, férias e seu respectivo adicional.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

Cinge-se a controvérsia na verificação do direito dos autores à redução da jornada de trabalho de 40 para 4 horas semanais e o direito ao pagamento das horas extras decorrentes da redução da jornada de trabalho.

Inicialmente cumpre observar que foi devidamente afastada a preliminar de prescrição de fundo de direito, uma vez que, se reconhecida a lesão do direito dos autores de submeterem-se a uma jornada de 24 horas semanais, haveria relação de trato sucessivo e lesão ao direito. Aplica-se ao caso o Decreto n. 20.910/32, que prevê o prazo quinquenal, por serem as prestações de trato sucessivo (Súmula n. 85 do STJ). Assim como, devidamente rejeitada a prescrição bienal, para acolher o pedido subsidiário do réu e reconhecer que as prescrições são quinquenais, ou seja, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Tendo sido a ação proposta em 21/07/2018, prescritas as parcelas anteriores a 21/07/2013.

Quanto à matéria, estabelece a Lei n.º 8.112/90, em seu art. 19, com a redação conferida pelo art. 22 da Lei n.º 8.270/91:

“Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)”

Por sua vez, o Decreto n.º 1.590, de 10 de agosto de 1995, que dispõe acerca da jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, estatui:

“Art. 1º A jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, será de oito horas diárias e:

I - carga horária de quarenta horas semanais, exceto nos casos previstos em lei específica, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo;

II - regime de dedicação integral, quando se tratar de servidores ocupantes de cargos em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento superiores, cargos de direção, função gratificada e gratificação de representação.

Parágrafo único. Sem prejuízo da jornada a que se encontram sujeitos, os servidores referidos no inciso II poderão, ainda, ser convocados sempre que presente interesse ou necessidade de serviço.”

Já a Lei n.º 1.234/50, que confere direitos e vantagens a servidores que operam com Raios-X e substâncias radioativas, assim previu:

“Art. 1º Todos os servidores da União, civis e militares, e os empregados de entidades paraestatais de natureza autárquica, que operam diretamente com Raios X e substâncias radioativas, próximo às fontes de irradiação, terão direito a:

a) regime máximo de vinte e quatro horas semanais de trabalho;

b) férias de vinte dias consecutivos, por semestre de atividade profissional, não acumuláveis;

c) gratificação adicional de 40% (quarenta por cento) do vencimento.

(...)

Art. 4º Não serão abrangidos por esta Lei:

a) os servidores da União, que, no exercício de tarefas acessórias, ou auxiliares, fiquem expostos às irradiações, apenas em caráter esporádico e ocasional;

b) os servidores da União, que, embora enquadrados no disposto no artigo 1º desta Lei, estejam afastados por quaisquer motivos do exercício de suas atribuições, salvo nos casos de licença para tratamento de saúde e licença a gestante, ou comprovada a existência de moléstia adquirida no exercício de funções anteriormente exercidas, de acordo com o art. 1º citado.”

Com efeito, cumpre tecer observações acerca da vigência da Lei n.º 1.234/51 e a sua aplicabilidade ou não ao caso discutido nos autos. Impende aclarar que a Lei n.º 8.112/90, bem como a Lei n.º 8.270/91, não revogaram a Lei n.º 1.234/50, esta foi apenas revogada parcialmente no que concerne ao percentual da Gratificação por Trabalhos com Raios-X, aplicando-se, ao caso, o art. 12 da Lei n.º 8.270/91, conforme redação abaixo transcrita:

“Art. 12. Os servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais perceberão adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos seguintes percentuais: I - cinco, dez e vinte por cento, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente;

II - dez por cento, no de periculosidade.

§ 1º O adicional de irradiação ionizante será concedido nos percentuais de cinco, dez e vinte por cento, conforme se dispuser em regulamento.

§ 2º A gratificação por trabalhos com Raios X ou substâncias radioativas será calculada com base no percentual de dez por cento.

§ 3º Os percentuais fixados neste artigo incidem sobre o vencimento do cargo efetivo.

§ 4º O adicional de periculosidade percebido pelo exercício de atividades nucleares é mantido a título de vantagem pessoal, nominalmente identificada, e sujeita aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação dos vencimentos.

§ 5º Os valores referentes a adicionais ou gratificações percebidos sob os mesmos fundamentos deste artigo, superiores aos aqui estabelecidos, serão mantidos a título de vantagem pessoal, nominalmente identificada, para os servidores que permaneçam expostos à situação de trabalho que tenha dado origem à referida vantagem, aplicando-se a esses valores os mesmos percentuais de revisão ou antecipação de vencimentos.”

No caso em comento, da leitura dos documentos denominados Formulários de Informações sobre Trabalho em Área Restrita (107403418 - Pág. 1/segs; 107403436 - Pág. 1/segs.; 107403456 - Pág. 11/segs.; 107403457 - Pág. 1; 107403458 - Pág. 1), se deduz que os autores exercem atividades diretas com manuseio de elementos radioativos, fontes de radiação ou material radioativo, assim como das Folhas de Informações emitidas pela própria CNEN (107403426 - Pág. 1; 107403457 - Pág. 1; 107403458 - Pág. 1).

O CNEN afirma que a jornada de trabalho dos autores é 40 horas semanais, conforme o Decreto nº 1.590/95 e os servidores ingressaram no IPEN em emprego sob o regime da CLT com jornada de 40 horas semanais, exercem a atividade habitual próximos a fontes de radiação e ou substâncias radioativas rotineiramente e que nunca trabalharam em jornada de 24 horas semanais.

Isto posto, cabível a redução da jornada ao regime máximo de vinte e quatro horas semanais de trabalho, eis que comprovados os requisitos para o direito pleiteado.

No entanto, no caso dos autores receberem a denominada a Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos – GEPR, deverão deixar de recebê-la em razão de previsão legal.

Por certo, a referida gratificação foi instituída pela MP 441/2008, convertida na Lei n. 11.907, de 02 de fevereiro de 2009, que dispõe em seu artigo 285:

“Art. 285. Fica instituída a Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos - GEPR, devida aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo integrantes das Carreiras de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, de Desenvolvimento Tecnológico e de Gestão, Planejamento e Infra-Estrutura em Ciência e Tecnologia, de que trata a Lei no 8.691, de 28 de julho de 1993, e do Quadro de Pessoal da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN que, no âmbito do Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares - IPEN, do Instituto de Engenharia Nuclear - IEN e do Centro de Desenvolvimento da Tecnologia Nuclear - CDTN, executem, na forma do regulamento, atividades relacionadas à produção de radioisótopos e radiofármacos, enquanto se encontrarem nessa condição.

§ 1º Somente terá direito à percepção da gratificação de que trata o *caput* deste artigo, o servidor que efetivamente cumprir 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, independentemente do regime de trabalho ser diário, por turnos, escalas ou plantões.”

Constata-se que os autores somente receberam a referida gratificação porque trabalharam 40 (quarenta) horas semanais, como afirmado pela própria ré e conforme os registros de ponto dos autores (63899830 - Pág. 1/segs).

Conforme antedito, a GEPR é incompatível com a jornada de 24 (vinte e quatro) horas, necessário, para que os autores façam jus à jornada de 24 (vinte e quatro horas) semanais, a exclusão da percepção da Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos – GEPR.

No tocante ao direito às horas extras, a legislação especial é clara ao estabelecer a carga horária máxima de 24 (vinte e quatro) horas semanais de trabalho, bastando, para tanto, a habitual exposição a radiações, motivo pelo qual advém o direito ao ressarcimento pelas horas extras trabalhadas.

Dessa maneira, tendo em vista que a parte-autora foi remunerada pelo total de 40 horas semanais, a quantia a ser indenizada limita-se ao acréscimo de 50% sobre o limite de 02 horas diárias excedentes, trabalhadas no período, respeitado o limite de 16 horas semanais (correspondentes à diferença entre a jornada de 40 horas cumprida pela autora e a legal reduzida de 24 horas), com seus reflexos no pagamento de férias e 13º salário, observando-se, a prescrição quinquenal.

Há que se mencionar ser incabível a devolução dos valores recebidos a título de GEPR, para posteriormente receberem o equivalente à eventuais horas extras, pois o recebimento da referida gratificação já seria uma contraprestação pelas horas adicionais trabalhadas. Igualmente, indevida a incorporação de tais valores a outras vantagens pecuniárias dos autores, tendo em vista tratar-se de indenização por horas de trabalho além da carga horária prevista na legislação pertinente.

Esse entendimento se coaduna com a jurisprudência desenvolvida no âmbito da 1ª Turma desta E. 3ª Corte Regional, que nos casos análogos têm decidido na mesma direção, vejamos:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CNEN. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXPOSIÇÃO À RADIAÇÃO IONIZANTE. JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA. LEI N. 1.234/50. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO DAS HORAS EXCEDENTES. REFLEXOS EM FÉRIAS E 13º SALÁRIO. COMPENSAÇÃO COM VALORES PAGOS DE GEPR. RECURSO DESPROVIDO.

1. Reexame Necessário e Apelação interposta pela Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação para declarar o direito do autor a uma jornada semanal de trabalho de 24 horas, sem redução de vencimentos, salvo a supressão da Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos - GEPR que tem como pressuposto o cumprimento da jornada de 40 (quarenta) horas semanais, assim como condenou a parte ré no pagamento das horas extraordinárias, ou seja, das horas excedentes trabalhadas, com adicional de 50%, respeitando-se o prazo prescricional de 5 anos, com os devidos reflexos em relação às férias e ao 13º salário, com juros de mora e correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal

2. Conforme dispõe o artigo 1º Decreto nº 20.910/32, as dívidas da Fazenda Pública prescrevem em cinco anos. Prevalece no âmbito da jurisprudência do STJ, pela sistemática do artigo 543-C do CPC, esse entendimento. Intelecção da Súmula 85 STJ.

3. Incontroverso que o autor cumpriu expediente de 40 horas semanais no Centro de Aceleradores de Cíclotron e no Centro de tecnologia de Radiações do IPEN-CNEN-SP, onde desempenhava, segundo Plano de Trabalho Individual (ID 122290003): “Produção de Fios de Irídio-192 para Braquiterapia”; Desenvolvimento, Produção e Distribuição de Sementes de Iodo-125 para Braquiterapia”; “Participação na Montagem do Laboratório de Produção de Sementes de Iodo-125 para Braquiterapia”; “Desenvolvimento de Fontes Seladas de Irídio-192 de Alta Taxa de Dose para Braquiterapia”; “Participação na Montagem do Laboratório de Produção de Fontes Seladas de Irídio -192 de Alta Taxa de Dose para Braquiterapia”. Destaca-se a declaração do IPEN que atesta as atividades do autor por todo o período de labor, de 1986 a 2018.

4. Considerados os danos que a radiação causa à saúde, a Lei 1.234/50 conferiu regulamentação específica aos servidores que operam diretamente com Raios X e substâncias radioativas, de modo não esporádico e nem ocasional, estabelecendo direitos e vantagens, dentre elas a jornada máxima de trabalho de 24 horas, além de gratificação e férias semestrais.

5. A jurisprudência firmou-se no sentido de que não há que se falar em revogação da Lei n. 1.234/20 pela Lei n. 8.112/90, por se tratar de lei especial, bem como de não ter ocorrido derrogação da Lei n. 1.234/50 pela Lei n. 8.691 que dispõe sobre o Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia da Administração Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Federais, incluindo o CNEN. Precedentes Superior Tribunal de Justiça e das Cortes Regionais.

6. A MP 2229-43, de 06.09.2001 que reestruturou as carreiras da área de ciência e tecnologia e instituiu a Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia - GDACT (art. 19), do mesmo modo, ressaltou expressamente a jornada de trabalho para os cargos amparados por legislação específica (art. 5º), que é o caso dos que expostos permanente e habitualmente a raios x e radiação ionizante. Norma de caráter protetivo não pode ser invocada em desfavor do servidor, especialmente quando a própria Administração determina que o servidor preste serviço além do limite estabelecido na lei. De outro turno, quanto a GEPR (Gratificação Específica de Radioisótopos e Radiofármacos), a Lei 11.907/09, de fato, limita o seu pagamento ao servidor que cumprir uma jornada semanal mínima de 40 (quarenta) horas de trabalho. Nesta esteira, agiu com acerto o MM Juiz *a quo* ao determinar que a “compensação dos valores pagos a título de Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos (GEPR) é devida”

7. Logo, deverão ser indenizadas as horas excedentes trabalhadas, no caso, 16 horas semanais (diferença entre a jornada de 40 horas cumprida pela autora e a legal reduzida de 24 horas), observada a prescrição quinquenal e a data da aposentadoria. Quanto ao valor a ser indenizado, observados os dispostos nos artigos 73 e 74 da Lei n. 8.112/90, acrescendo o percentual de 50% sobre a hora normal de trabalho. Insubsistente, por consequente, o pleito subsidiário de redução proporcional no valor dos vencimentos do apelado para 60% (sessenta por cento) da remuneração.

8. Sentença mantida integralmente.

9. Apelação da parte ré e remessa necessária desprovidas.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5010402-39.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/12/2019)”

Quanto aos critérios de atualização monetária, impende salientar que o Superior Tribunal de Justiça ao concluir o julgamento do RE 870.947 com Repercussão Geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança não reflete a perda do poder aquisitivo da moeda, não podendo ser utilizado como índice de correção monetária, afastando-se, portanto, a aplicação do art. 1º- F da Lei 9.494/1997 na redação que lhe conferiu a Lei 11.960/2009, devendo ser aplicado o

IPCA-E a partir de 07/2009. Decidiu ainda que, tratando-se de relação jurídica não tributária, os juros de mora deverão observar o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir da entrada em vigor do mesmo dispositivo legal que permanece hígido nesse ponto. (STF, RG, Tema 810, RE 870.947/SE.). Correção monetária e juros de mora constituem matéria de ordem pública, aplicável ainda que não requerida pela parte ou que omissa a sentença, de modo que sua incidência pode ser apreciada de ofício, inclusive em reexame necessário, sem ofensa aos princípios da *non reformatio in pejus* ou da inércia da jurisdição (STJ, REsp 1652776/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/04/2017; AgInt no REsp 1364982/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 02/03/2017). Logo, juros de mora e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo a partir de 07/2009 a correção a ser feita pelo IPCA-E, visto que, em 03/10/2019, o Tribunal Pleno do STF, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração opostos no RE 870.947/SE e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida.

Diante do exposto, voto por *negar provimento* à apelação e à remessa necessária, mantida a sentença, conforme a argumentação acima desenvolvida.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5007958-63.2019.4.03.0000

Agravante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
Agravada: LARISSA PEREIRA LOPES
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/09/2020

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO SUPERIOR. COTAS. AUTODECLARAÇÃO. COMISSÃO DE VERACIDADE INSTITUÍDA APÓS A MATRÍCULA. POSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Da leitura dos autos, constata-se que o Edital Conjunto PROAESP/PROGRAD nº 01/2019, de 25 de janeiro de 2019 definiu critérios para a aferição da veracidade da auto declaração. Todavia, a discussão refere-se ao fato de que tais critérios não estariam indicados no Edital UFMS/PROGRAD nº 10, de 24 de janeiro de 2017, para o qual a agravada se inscreveu e se sujeitou.

- Logo, a princípio, a agravada seguiu as orientações do edital por ocasião da autodeclaração, única condição prevista à época para prova da condição de cotista.

- A partir de denúncias de irregularidades, determinou-se a formação da comissão para verificação da veracidade da autodeclaração, mediante a heteroidentificação.

- É lícito à Administração anular seus atos por ventura de irregulares ou ilegais.

- No caso da agravada, embora o Edital UFMS/PROGRAD n.º 10 de 24/01/2017 tenha estabelecido como critério a autodeclaração, o anexo XVII do referido edital previu a possibilidade de posterior verificação dos dados fornecidos pela agravada, a qual estava, desta forma, plenamente ciente. Confira-se: “Declaro, ainda, a veracidade das informações prestadas para reserva de vagas no PROCESSO SELETIVO PARA PROVIMENTO DE VAGAS NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO OFERECIDOS PELA UFMS PARA INGRESSO NO 1º SEMESTRE DE 2017, bem como atesto que estou ciente sobre o Artigo 299 do Código Penal que dispõe que é crime “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita com fim de prejudicar, criar obrigação ou alterar a verdade sobre o fato juridicamente relevante. *Desde já autorizo a verificação dos dados, sabendo que a omissão ou falsidade de informações resultará nas punições cabíveis, inclusive com a desclassificação do candidato*”.

- Assim, a medida mais razoável no caso concreto é determinar a suspensão da matrícula da agravada até o final julgamento da demanda em primeira instância, quando então se confirmará o ou não o seu cancelamento.

- Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar a suspensão da matrícula da agravada até prolação da sentença. Prejudicado o agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora). E, pelo voto-médio, decidiu dar parcial provimento ao agravo para determinar a suspensão da matrícula da agravada até prolação da sentença, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE. A Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora) votou para dar provimento ao agravo de instrumento e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, para negar provimento ao agravo de instrumento. Ausente, justificadamente, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Lavrará acórdão a Des. Fed. MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

EXMA. SRA. DRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL contra decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo” que deferiu a tutela de urgência, determinando que mantivesse a autora LARISSA PEREIRA LOPES matriculada no curso de Medicina da UFMS até o final do julgamento.

Foi concedida a tutela recursal.

Contra essa decisão, LARISSA PEREIRA LOPES opôs agravo interno e apresentou contraminuta.

A FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL apresentou resposta ao agravo interno.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

EXMA. SRA. DRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA (Relatora):

Inicialmente, destaco que as razões aduzidas no agravo interno se confundem com o mérito do presente recurso.

De acordo com o art. 294 do CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

O art. 300 do CPC estabelece como requisitos para a tutela de urgência: a) a probabilidade ou plausibilidade do direito; e b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Esse artigo assim dispõe:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Depreende-se da leitura do artigo acima que se revela indispensável à entrega de provimento antecipatório não só a probabilidade do direito, mas também a presença de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo que esses requisitos devem ser satisfeitos cumulativamente.

Nesse contexto, permite-se inferir que o novo Código de Processo Civil, neste aspecto, não alterou as condições para deferimento de tutela antecipatória fundada em urgência (anterior art. 273, I, do CPC/73).

No caso concreto, não se encontravam presentes os requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada.

Destaco que os critérios de matrícula, avaliação e promoção configuram atos discricionários das universidades, que podem ser escolhidos com liberdade, seguindo disposições previamente estabelecidas no Regimento Geral da Instituição e respeitada a legislação de regência e a Constituição Federal.

A Lei nº 12.711/2012 garante a reserva de 50% das matrículas por curso e turno nas universidades federais e institutos federais de educação, ciência e tecnologia a alunos oriundos integralmente do ensino médio público, em cursos regulares ou da educação de jovens e adultos, sendo que os demais 50% das vagas permanecem para ampla concorrência.

Aplicável à espécie o artigo 1º da referida Lei cuja redação ora transcrevo:

“Art. 10 As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 30 Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 10 desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, *nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.* (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)”

Referida Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012 e a Portaria Normativa nº 18/2012 do Ministério da Educação, que são anteriores à abertura do edital.

Como se vê o requisito para que a agravante participasse do ingresso por reserva de vaga (cotas) era que fosse negra, parda ou indígena, o que não restou comprovado na entrevista em questão.

A agravada declarou que era parda e que autorizava a verificação dos dados, sabendo que a omissão ou falsidade de informações resultaria nas punições cabíveis, inclusive a desclassificação do candidato.

Assim, vê-se que a recorrida já tinha ciência de que a Universidade poderia, a qualquer momento, verificar as informações declaradas e cancelar sua matrícula, haja vista que esta se candidatou a vaga de cotista, sem que tivesse as características, o que fere o princípio da legalidade.

É certo que cabe a Administração rever seus atos para corrigir vícios cometidos, conforme Súmula 473 do STF:

“Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

No edital UFMS/PROGRAD Nº 10, DE 24 DE JANEIRO DE 2017, foi tornado público a seleção de candidatos para provimento de vagas nos cursos de graduação oferecidos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para ingresso no 1º semestre de 2017 utilizando o Sistema de Seleção Unificada (Sisu), observado o seguinte:

“9. Compete exclusivamente ao candidato certificar-se de que cumpre os requisitos estabelecidos pela instituição para concorrer às vagas reservadas em decorrência do disposto na Lei nº 12.711/2012, sob pena de perder o direito à vaga, caso seja selecionado.

...

13. A inscrição do candidato nos processos seletivos do Sisu referente à primeira edição de 2017 implica conhecimento e concordância expressa das normas estabelecidas na Portaria Normativa nº 21/2012 e nos editais divulgados pela SESu, bem como das informações constantes do Termo de Adesão da Universidade Federal de Mato Grosso do SUL

...”

Como é sabido, o edital é lei entre as partes e os concorrentes tiveram conhecimento das regras nele esculpidas, inclusive o fato de que teria que comprovar os requisitos legais junto a uma comissão verificadora específica da UFMS.

Dessa forma, a princípio, tenho que a FUFMS apenas fez cumprir as regras contidas no edital do processo seletivo, sem estabelecer critérios e exigências não previstos no instrumento convocatório.

Por outro ângulo, observo que não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à banca avaliadora na análise fenotípica da autora e de sua correspondente classificação racial, devendo limitar-se a verificar a ocorrência de ilegalidade ou teratologia no estabelecimento de tal avaliação e na sua realização.

Assim, merece reforma a r. decisão atacada.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo interno e dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

Da leitura dos autos, constata-se que o Edital Conjunto PROAESP/PROGRAD nº 01/2019, de 25 de janeiro de 2019 definiu critérios para a aferição da veracidade da auto declaração.

Todavia, a discussão refere-se ao fato de que tais critérios não estariam indicados no Edital UFMS/PROGRAD nº 10, de 24 de janeiro de 2017, para o qual a agravada se inscreveu e se sujeitou.

Logo, a princípio a agravada seguiu as orientações do edital por ocasião da autodeclaração, única condição prevista à época para prova da condição de cotista.

Ocorre que, a partir de denúncias de irregularidades, determinou-se a formação da comissão para verificação da veracidade da autodeclaração, mediante a heteroidentificação.

Sabemos que é lícito à Administração anular seus atos por ventura de irregulares ou ilegais.

No caso da agravada, embora o Edital UFMS/PROGRAD n.º 10 de 24/01/2017 tenha estabelecido como critério a autodeclaração, o anexo XVII do referido edital previu a possibilidade de posterior verificação dos dados fornecidos pela agravada, a qual estava, desta forma, plenamente ciente. Confira-se:

“Declaro, ainda, a veracidade das informações prestadas para reserva de vagas no PROCESSO SELETIVO PARA PROVIMENTO DE VAGAS NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO OFERECIDOS PELA UFMS PARA INGRESSO NO 1º SEMESTRE DE 2017, bem como atesto que estou ciente sobre o Artigo 299 do Código Penal que dispõe que é crime ‘omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita com fim de prejudicar, criar obrigação ou alterar a verdade sobre o fato juridicamente relevante’. *Desde já autorizo a verificação dos dados, sabendo que a omissão ou falsidade de informações resultará nas punições cabíveis, inclusive com a desclassificação do candidato*”.

Assim, a medida mais razoável no caso concreto é determinar a suspensão da matrícula do agravado até o final julgamento da demanda em primeira instância, quando então se confirmará o ou não o seu cancelamento.

Neste sentido, destaco o precedente desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. ENSINO SUPERIOR. COTAS. AUTODECLARAÇÃO. COMISSÃO DE VERACIDADE INSTITUÍDA APÓS A MATRÍCULA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A tutela provisória pode se fundamentar em urgência ou evidência, conforme orienta o artigo 294 do CPC.
2. A tutela fundada na urgência exige a presença de dois elementos: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. É o teor do artigo 300 do CPC: ‘Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.’ Por outro lado, a tutela da evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas hipóteses previstas no artigo 311.
3. No caso, parcialmente presentes os requisitos para concessão da medida antecipatória. Com efeito, é incontroverso que no edital de divulgação da concorrência PROGRAD 10/2017, em que houve a fixação das regras do concurso, não havia previsão acerca da banca de verificação da veracidade da autodeclaração, sendo certo que a só autoidentificação da pessoa como parda servia como prova da condição de cotista. Tanto é assim que a autora, ora agravada, logrou participar do concurso e após efetuou a matrícula sem qualquer problema.
4. Entretanto, pelo que consta, apenas em razão de denúncias junto à Ouvidoria da IES é que se resolveu instituir a comissão para verificação da veracidade da autodeclaração. Vale

dizer que não se trata propriamente de verificar a veracidade da autodeclaração, mas sim de fazer uma heteroidentificação, isto é, uma análise por terceiros acerca da condição racial da estudante. Isso tudo após dois anos do ingresso da autora no curso de Medicina.

5. Por outro lado, a análise dos documentos acostados pela autora não é suficiente para se concluir pela legitimidade de sua declaração.

6. Nesse sentido, entendimento expresso no AI 5006884-71.2019.4.03.0000 (Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS), ao dispor que ‘aceitar que pessoas que sabem não ser o alvo pretendido pela legislação que instituiu o sistema de cotas, dele se valha, de forma inadequada apenas incentiva a adoção de postura antiética, que deve ser por todos rechaçada, e mais ainda pelo Judiciário.’

7. Ademais, o Anexo XVII do edital nº 10/2017 previu a possibilidade de posterior verificação dos dados fornecidos pela agravada, a qual estava portanto plenamente ciente.

8. Agravo parcialmente provido”.

(AI 5023826-81.2019.4.03.0000, Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, DJF3 Judicial 1 DATA: 26/08/2020

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo para determinar a suspensão da matrícula da agravada até prolação da sentença em primeiro grau. Prejudicado o agravo interno

É o voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora para o Acórdão

DECLARAÇÃO DE VOTO

Agravo de instrumento interposto pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL contra decisão que, em ação ordinária, deferiu a tutela de urgência para determinar que se mantivesse a autora LARISSA PEREIRA LOPES matriculada no curso de Medicina da UFMS até o final do julgamento.

A eminente Relatora votou no sentido de dar provimento ao recurso por entender que o edital previa que a faculdade poderia verificar a veracidade das declarações dos candidatos às vagas reservadas para cota racial, de modo que foi legítimo o cancelamento da matrícula. Com a devida vênia, divirjo.

A agravada sustenta que foi aprovada no “Processo Seletivo de 2017 – Verão” para concorrer a uma das vagas no curso de Medicina destinadas aos candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (cota L6) e apresentado, na ocasião, todos os documentos exigidos para a realização da matrícula (autodeclaração como preto, pardo ou indígena e declaração de não haver cursado o ensino médio em escola privada em nenhum momento). Após dois anos completos de curso, em 25 de janeiro de 2019 a autora foi convocada, via “Edital de Conjunto PROAES/PROGRAD nº 1/2019, para se apresentar à banca de verificação da veracidade da condição de cotista, à vista de denúncias de fraude formalizadas por alguns acadêmicos da própria FAMED. Submetida à avaliação em 18 de fevereiro de 2019, foi excluída do curso por não atender ao critério fenotípico quanto às características de raça e cor, fundamento que considera violação ao princípio do contraditório, dada a ausência de prévio processo administrativo. Aduziu, inclusive, agressão à regra da segurança jurídica, porquanto estava matriculada desde 2017, de forma que, passados dois anos, não era mais cabível a revisão do ato.

Constou do edital do certame em questão unicamente que:

1.3. CANDIDATOS AUTODECLARADOS PRETOS, PARDOS OU INDÍGENAS, COM RENDA FAMILIAR BRUTA PER CAPITA IGUAL OU INFERIOR A 1,5 SALÁRIO MÍNIMO E QUE TENHAM CURSADO INTEGRALMENTE O ENSINO MÉDIO EM ESCOLAS PÚBLICAS (LEI Nº 12.711/2012)

l) cópia impressa e assinada da autodeclaração (Anexo XVII) - preto, pardo e/ou índio.

A agravante, por sua vez, aduz que, *verbis*, “A Lei não estabelece mecanismos ou instrumentos sobre como, quem, com que instrumentos e em que momento do processo será constado se a autodeclaração é verdadeira ou falsa.”

O argumento é inaceitável. A verificação da autodeclaração por meio de uma comissão demanda expressa previsão, inclusive com a prévia definição da forma como seria constituída e do recurso cabível, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao edital e à garantia do devido processo legal, plenamente aplicável na via administrativa. Em caso idêntico, o STJ considerou descabida a avaliação posterior não definida no certame:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS PARA CANDIDATOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO. ÚNICA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA DOS MÉTODOS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO QUE VIRIAM A SER UTILIZADOS POSTERIORMENTE PELA COMISSÃO AVALIADORA. INOVAÇÃO DESCABIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGÍTIMA CONFIANÇA. FALTA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

1. Em se cuidando de disputa de cargos públicos reservados pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios da vinculação ao edital, da legítima confiança do administrado e da segurança jurídica.

2. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas, as quais não podem ser modificadas com o certame já em andamento.

3. Os critérios de avaliação capazes de infirmar a autodeclaração do candidato, declaração esta presumidamente verdadeira (item 1.4, do edital - fl. 62), embora mostrem-se legítimos como forma de supervisão, não foram previstos no edital do concurso em referência.

4. Ao revés, o instrumento convocatório apenas previu, genérica e abstratamente, a possibilidade de conferência daquela declaração por uma comissão específica (item 1.5 - fl. 62), cuja composição ou formas de deliberação também não foram objeto de detalhamento no edital, o que torna ainda mais grave a lacuna normativa aplicável ao certame.

5. Dito de outro modo, *padece de ilegalidade o ato de não enquadramento da Recorrente nas vagas reservadas aos candidatos negros, visto que o edital não estabeleceu de antemão e objetivamente os critérios de heteroidentificação (ex. características fenotípicas) que viriam a servir de parâmetro para a comissão avaliadora. Assim, forçoso reconhecer que houve indevida inovação, ao arremio da proteção da confiança depositada pelos candidatos na estabilidade das regras do certame. O edital, como se sabe, é a lei do concurso. À conta dessa conduta, restou afrontado pela Administração, dentre outros, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.* Precedente desta Corte em caso assemelhado: AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 31/05/2017.

6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança, determinando-se a reinserção do nome do recorrente na lista dos

candidatos que concorreram às vagas destinadas ao provimento por cota racial, respeitada sua classificação em função das notas que obteve no certame.

(RMS 59.369/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 21/05/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS PARA CANDIDATOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO. ÚNICA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE ENTREVISTA PARA AFERIÇÃO DO FENÓTIPO SEM PREVISÃO NO EDITAL DE ABERTURA. FALTA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

1. Em se cuidando de disputa de cargos públicos reservados pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios da vinculação ao edital, da legítima confiança do administrado e da segurança jurídica.

2. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas, as quais não podem ser modificadas com o certame já em andamento.

3. O Edital no 01/2015 - TJDF, que tornou pública a abertura do concurso público destinado ao provimento de cargos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, estabeleceu, como critério único para a disputa de vagas reservadas para negros, a autodeclaração do candidato, à qual foi atribuída presunção de veracidade (item 6.2.3), em conformidade, aliás, com o disposto no art. 50, § 20, da Resolução CNJ no 203/2015.

4. *Embora o item 6.2.4 do edital originário previsse a possibilidade de se comprovar a falsidade da autodeclaração, nenhuma referência o acompanhou quanto à forma e ao momento em que a Comissão de Concurso poderia chegar a essa constatação. Daí que a posterior implementação de uma fase específica para tal finalidade, não prevista no edital inaugural e com o certame já em andamento, não se revestiu da necessária higidez jurídica, não se podendo, na seara dos concursos públicos, atribuir validade a cláusula editalícia supostamente implícita, quando seu conteúdo possa operar em desfavor do candidato.*

5. Nesse contexto, não era lícito à Administração Pública, após a aprovação dos candidatos nas provas objetiva e discursiva, introduzir inovação nas regras originais do certame (no caso concreto, por intermédio do Edital no 15/2016) para sujeitar os concorrentes a ‘entrevista’ por comissão específica, com o propósito de aferir a pertinência da condição de negros, por eles assim declarada ao momento inscrição no concurso. À conta dessa conduta, restou afrontado pela Administração, dentre outros, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Precedente desta Corte em caso assemelhado: AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLÊÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 31/05/2017.

6. Recurso ordinário provido para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança, determinando-se a reinserção do nome do recorrente na lista dos candidatos que concorreram às vagas destinadas ao provimento por cota racial, respeitada sua classificação em função das notas que obteve no certame.”

(STJ - RMS: 54907 DF 2017/0190530-7, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 05/04/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2018)

Destaquem-se ainda julgados desta corte no mesmo sentido nos Agravos de Instrumento no. 5011529-42.2019.4.03.0000 (3a Turma/Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDE-
NHO), 5007200-84.2019.4.03.0000 (4a Turma/Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA),
5007190-40.2019.4.03.0000 (4a Turma/Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE) e 5023302-
55.2017.4.03.0000 (3a Turma/Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS).

Não bastasse, não se pode aceitar que, passados mais de dois anos da realização da matrícula, com aprovação em todas as disciplinas, a administração considere legítimo rever esse ato por força de uma denúncia anônima, em total desprestígio da segurança jurídica, além da falta de previsão para tanto, como já sublinhado.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*. Em consequência, declaro prejudicado o agravo interno.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5001485-27.2020.4.03.0000

Agravante: ASSOCIAÇÃO PAULISTA DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Agravada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE ADUANEIRA. LEI Nº 13.464/2017. PARIDADE ENTRE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS. NATUREZA GENÉRICA NÃO COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE.

- A questão diz respeito ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, instituído pela Lei nº 13.464/2017, com o objetivo de aumentar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil.

- Os critérios do pagamento da bonificação aos servidores ativos e inativos estão expressos no mencionado diploma legal. A bonificação está condicionada à efetiva obtenção de resultados pelos servidores ativos, a ser verificada através de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

- De acordo com o art. 11, da Lei nº 13.464/2017, foram estabelecidos valores fixos, a serem utilizados até que fosse designada a metodologia para a mensuração da produtividade global da Secretaria da Receita Federal do Brasil e a fixação do índice de eficiência institucional.

- Assim, independentemente da instauração do Comitê Gestor e da fixação do índice de eficiência institucional, o valor do bônus está limitado aos percentuais previstos nos Anexos III e IV da Lei nº 13.464/2017, que variam entre 0% e 100% para os servidores ativos, e entre 35% e 100% para os servidores aposentados e pensionistas.

- Logo, em um juízo de cognição sumária, não é possível afirmar que a bonificação possui natureza genérica, uma vez que há diferenciação no percentual do bônus que é pago aos servidores.

- Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Associação Paulista dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – APAFISP, em face de decisão que, em mandado de segurança coletivo, indeferiu o pedido liminar, consistente em determinar o pagamento do bônus de eficiência e produtividade na atividade aduaneira aos servidores inativos e/ou pensionistas, em valores idênticos aos percebidos pelos servidores ativos, nos termos do art. 7º, §1º, da Lei nº 13.464/2017.

Aduz a parte agravante, em síntese, que: o STF, em situação análoga, firmou entendimento acerca da possibilidade de gratificação de desempenho ser estendida aos inativos, caso a hipótese normativa registre a sua generalidade; enquanto perdurar o caráter genérico do bônus, é devida a paridade remuneratória respectiva, no mesmo percentual da ativa, aos servidores aposentados e pensionistas; independentemente da instauração de comitê, os servidores inativos e/ou pensionistas têm direito à percepção do bônus de eficiência que é percebido pelos servidores ativos, em seu patamar máximo, nos mesmos moldes e percentuais fixados pela Lei nº 13.464/2017; o bônus tem evidente natureza genérica, uma vez que seu valor é o mesmo para todos (ativos e inativos), havendo mera graduação dos percentuais de acordo com o tempo de atividade ou inatividade.

Proferida decisão pelo então Relator, Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup, que indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal.

Foi apresentada contraminuta.

O Ministério Público Federal deixou de se manifestar, em face da ausência de interesse que justificasse a intervenção ministerial.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): A questão diz respeito ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, instituído pela Lei nº 13.464/2017, com o objetivo de aumentar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil.

Os critérios do pagamento da bonificação aos servidores ativos e inativos estão expressos no mencionado diploma legal, *verbis*:

“Art. 6º São instituídos o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil.

§ 1º O Programa de que trata o *caput* deste artigo será gerido pelo Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, composto de representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, nos termos a serem definidos em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será definido pelo índice de eficiência institucional, mensurado por meio de indicadores de

desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ato do Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil será editado até 1º de março de 2017, o qual estabelecerá a forma de gestão do Programa e a metodologia para a mensuração da produtividade global da Secretaria da Receita Federal do Brasil e fixará o índice de eficiência institucional.

§ 4º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira a ser distribuído aos beneficiários do Programa corresponde à multiplicação da base de cálculo do Bônus pelo índice de eficiência institucional.

§ 5º (VETADO).

§ 6º (VETADO).

§ 7º (VETADO).

Art. 7º Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de:

I - 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;

II - 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil.

§ 1º Os servidores ativos em efetivo exercício receberão o Bônus proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “a” do Anexo III desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “a” do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo.

§ 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no *caput* deste artigo:

I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela “a” do Anexo III desta Lei, aplicando-se o disposto na tabela “a” do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída;

II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela “a” do Anexo IV desta Lei.

Art. 8º Os valores globais e individuais do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira serão apurados nos meses de janeiro, abril, julho e outubro de cada ano, considerando-se os 3 (três) meses imediatamente anteriores.

Art. 9º O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será pago em parcelas mensais e sucessivas, de igual valor, a partir do mês posterior ao de sua apuração.

Art. 10. Os servidores ativos somente perceberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira quando em efetivo exercício no cargo durante, pelo menos, metade do período de apuração.

§ 1º Para fins de apuração do tempo mínimo de que trata o *caput* deste artigo, não será considerado o tempo de afastamento ou de licença:

I - para atividade política;

II - para exercício de mandato eletivo;

III - não remunerada.

§ 2º Na hipótese de mudança de nível de percentual nas tabelas dos Anexos III e IV desta Lei durante o período de apuração, o valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será pago com base no percentual correspondente ao nível em que tenha permanecido a maior parte do período ou, em caso de empate, ao nível de maior percentual.

Art. 11. Para os meses de dezembro de 2016 e de janeiro de 2017, será devida aos ocupantes dos cargos da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil parcela do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira nos valores de:

I - R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), para os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil;

II - R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), para os ocupantes do cargo de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil.

§ 1º Os valores constantes dos incisos do *caput* deste artigo serão concedidos a título de antecipação de cumprimento de metas para o período previsto no *caput* deste artigo, fixadas pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, e estarão sujeitos a ajustes no período subsequente.

§ 2º A partir do mês de fevereiro de 2017 até o mês de produção dos efeitos do ato referido no § 3º do art. 6º desta Lei, serão pagos, mensalmente, os valores de R\$ 3.000,00 (três mil reais) aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) aos ocupantes do cargo de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil, concedidos a título de antecipação de cumprimento de metas, sujeitos a ajustes no período subsequente.

§ 3º Os valores previstos nos incisos do *caput* e no § 2º deste artigo observarão os limites constantes dos Anexos III e IV desta Lei.

§ 4º O resultado institucional nos períodos de que tratam o *caput* e o § 2º deste artigo será considerado para a instituição do índice de eficiência institucional, de que trata o § 2º do art. 6º desta Lei.

Art. 12. O Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira não será devido aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e aos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil cedidos a outros órgãos.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos servidores em exercício nos órgãos com competência sobre Previdência e Previdência Complementar nos termos do parágrafo único do art. 19 da Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, aos servidores nas situações mencionadas no inciso I e nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e” do inciso V do *caput* do art. 4º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e aos servidores em exercício nos órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Fazenda.

Art. 13. O somatório do vencimento básico da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil com as demais parcelas, incluído o Bônus de que trata o art. 6º desta Lei, não poderá exceder o limite máximo disposto no inciso XI do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Art. 14. O valor do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira não integrará o vencimento básico, não servirá de base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária e não constituirá base de cálculo de contribuição previdenciária”.

Observa-se, portanto, que a bonificação está condicionada à efetiva obtenção de resultados pelos servidores ativos, a ser verificada através de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o art. 11, da Lei supracitada, foram estabelecidos valores fixos, a serem utilizados até que fosse designada a metodologia para a mensuração da produtividade global da Secretaria da Receita Federal do Brasil e a fixação do índice de eficiência institucional.

Assim, independentemente da instauração do Comitê Gestor e da fixação do índice de eficiência institucional, o valor do bônus está limitado aos percentuais previstos nos Anexos III e IV da Lei nº 13.464/2017, que variam entre 0% e 100% para os servidores ativos, e entre 35% e 100% para os servidores aposentados e pensionistas.

Logo, em um juízo de cognição sumária, não é possível afirmar que a bonificação possui natureza genérica, uma vez que há diferenciação no percentual do bônus que é pago aos servidores.

Confira-se, nesse sentido, julgado desta E. Corte em situação idêntica:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE. LEI 13.464/17. PARIDADE ENTRE ATIVOS E INATIVOS. NÃO CABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Apelação interposta pela parte autora, auditora fiscal da Receita Federal aposentada, contra sentença que julgou improcedente a ação que objetivava o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira em seu percentual máximo, no valor idêntico ao percebido pelos servidores ativos, independente da instauração do Comitê de Gestão do Programa de Produtividade da Receita Federal, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei 13.464/2017, ou até que se efetive a primeira avaliação da eficiência e da produtividade dos Auditores Fiscais, nos termos do art. 6º, § 3º da Lei n.º 13.464/2017.

2. A pretensão deduzida funda-se no caráter genérico do Bônus de Eficiência e Produtividade, bem como na existência de direito à paridade remuneratória entre servidores ativos e inativos, nos termos do art. 7º da EC n. 41/2003 e art. 3º da EC n.º 47/2005.

3. A autora ingressou no serviço público anteriormente a 1988, portanto, antes da entrada em vigor das Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003 e 45/2007, fazendo juz à paridade, nos termos do art. 7 da EC 41/2003.

4. O STF, em regime de repercussão geral (temas 54, 67, 139, 153, 260, 351, 409, 410, 447, 664, 983), fixou a tese de extensão dos benefícios e vantagens de natureza genérica devidas a servidores ativos aos inativos com direito à paridade remuneratória.

5. Em outras palavras, as vantagens pecuniárias que, por sua natureza, somente podem ser atribuídas aos servidores em atividade, não se estendem aos inativos, ainda que preencham os requisitos da paridade constitucional.

6. Independentemente da instauração do Comitê Gestor e da fixação do índice de eficiência institucional, o valor do bônus de eficiência e produtividade a ser pago, tanto para os servidores ativos como inativos, está condicionado aos percentuais previstos nos Anexo III e IV da Lei nº 13.464/17, que variam entre 0% e 100% para os servidores ativos e entre 35% e 100% para os aposentados e pensionistas, consoante disposto no art. 11, §3º, da Lei n. 13.464/2017. Logo, nem todos os servidores ativos receberam o bônus de eficiência e produtividade no valor integral, previsto no *caput* e §2º do art. 11 da Lei n. 13.464/2017, pois o percentual máximo a ser recebido por cada um está condicionado ao tempo como servidor ativo no cargo.

4. Não há que se falar que o bônus de eficiência e produtividade tem caráter permanente e geral, não sendo pago de maneira indistinta para todos os servidores em atividade, tendo em vista que há diferenciação no percentual máximo do bônus, conforme tabela “a” do Anexo III.

5. E não há como se concluir que a simples falta de definição do índice de eficiência institucional implica em atribuir caráter geral ao bônus, considerado que há expressa determinação legal para que, mesmo enquanto não definidos os critérios para mensurar o resultado institucional, deve ser observado o percentual máximo do bônus, tanto para os servidores em atividade quanto para os inativos.

6. A bonificação não se estende ao inativo por conta da paridade remuneratória, mas sim por liberalidade do legislador infraconstitucional, de forma a contemplar inclusive o servidor que não possui direito à paridade.

7. Apelação desprovida”.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000343-74.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 06/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2019).

Pelas razões expostas, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL

5001675-86.2018.4.03.6134

Apelantes: GEF INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, JOSÉ GILMAR GOBBO, FRANCISCO GONÇALVES ILARIO

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2020

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO PARTICULAR DE CONSOLIDAÇÃO, CONFISSÃO, RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA E OUTRAS OBRIGAÇÕES. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL CABIMENTO DA AÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA DE COBRANÇA DE JUROS ABUSIVOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INEXISTENTE. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO NOS TERMOS DOS CONTRATOS. MAJORAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL. POSSIBILIDADE.

1. Há título executivo extrajudicial - contratos particulares assinados pelos devedores, fiadores e 2 (duas) testemunhas, prevendo valor certo, líquido e exigível, de forma que estão satisfeitos os requisitos do artigo 784, inciso III, c/c 786 do Código de Processo Civil/2015), sendo cabível a ação de execução.

2. Insta ressaltar que mesmo tendo os contratos bancários em cobro natureza de título executivo extrajudicial, é de se concluir pela possibilidade do credor optar pelo ajuizamento da ação monitória, em razão da inexistência de qualquer prejuízo ao devedor. Precedentes.

3. Vale ainda mencionar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da adequação da ação monitória para a cobrança de contrato de abertura de crédito em conta-corrente: Súmula 247. Assim, impõe-se reconhecer os pressupostos processuais válidos da presente ação.

4. A aplicação da Lei nº 8.078/1990 (CDC - Código de Defesa do Consumidor) aos contratos bancários é questão superada no âmbito dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras, como prestadoras de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, §2º, estão submetidas às disposições da lei consumerista, editando a Súmula nº 297: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

5. Essa proteção, porém, não é absoluta e deve ser invocada de forma concreta, comprovando o mutuário efetivamente a existência de abusividade das cláusulas contratuais ou de excessiva onerosidade da obrigação pactuada. Mesmo em se tratando de contrato de adesão, não basta a invocação genérica da legislação consumerista, pois é necessária a demonstração de que o contrato viola normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

6. Importa ainda anotar que a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor tem por lastro a assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Assim, a distribuição do ônus da prova

na forma ordinária do artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil somente deve ser excepcionada se restar comprovada a vulnerabilidade do consumidor, a ponto de, em razão dessa circunstância, não conseguir comprovar os fatos que alega, ao mesmo tempo em que a parte contrária apresenta informação e meios técnicos hábeis à produção da prova necessária ao deslinde do feito. Precedentes.

7. No caso dos autos, não se verifica hipossuficiência técnica a justificar a inversão do ônus da prova, na medida em que os fatos alegados pela autora restaram devidamente demonstrados pela prova constante na presente ação, os quais foram rebatidos nos embargos à monitória.

8. No caso dos autos, ainda que se entenda que o cálculo dos juros implica em capitalização, tratando-se de contrato bancário firmado posteriormente à vigência da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30/03/2000 (em vigor a partir da publicação no DOU de 31/03/2000), por diversas vezes reeditada, a última sob nº 2.170-36, de 23/08/2001, ainda em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, é lícita da capitalização dos juros, nos termos do artigo 5º. Precedente.

9. *In casu*, tendo em vista a cláusula terceira dos contratos que preveem expressamente a capitalização de juros, é lícita sua incidência.

10. As instituições financeiras não estão sujeitas à limitação da taxa de juros, conforme entendimento de há muito firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 596.

11. No caso dos autos, não se verifica qualquer excesso ou abusividade nas cláusulas contratuais que fixam os juros remuneratórios em 2,05% ao mês, acrescida da variação da TR - Taxa Referencial. Não há nos autos nada que indique que se trata de taxa que destoa das efetivamente praticadas no Sistema Financeiro Nacional.

12. No sentido de que a mera estipulação de juros contratuais acima de 12% não configura abusividade, que somente pode ser admitida em situações excepcionais, firmou-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

13. Verifica-se que quando a parte embargante contratou, sabia das taxas aplicadas e das consequências do inadimplemento. Uma vez inadimplente, não pode agora ser beneficiada com taxas diferentes das contratadas, devendo ser respeitado o princípio do *pacta sunt servanda*.

14. As Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 do Superior Tribunal de Justiça são claras ao reconhecer a legitimidade da aplicação da comissão de permanência, uma vez caracterizada a inadimplência do devedor, contanto que não haja cumulação com índice de atualização monetária ou taxa de juros.

15. Na hipótese dos autos, em caso de inadimplemento, os contratos preveem a cobrança de comissão de permanência cuja taxa mensal será obtida pela composição da taxa de CDI, acrescida de taxa de rentabilidade mensal de 5% do 1º ao 59º dia de atraso, e de 2% a partir do 60º dia de atraso, além de juros de mora à taxa de 1% ao mês ou fração.

16. Entretanto, o exame dos discriminativos de débito revela que a atualização da dívida deu-se pela exclusão da comissão de permanência, substituindo-a por índices individualizados e não cumulados com atualização monetária, juros legais, juros de mora e multa por atraso. Como bem se vê, inexistente cobrança de comissão de permanência no caso dos autos.

17. Considerando que a atualização do débito deva ser nos moldes pactuados nos contratos firmados entre as partes até a data do efetivo pagamento, não prospera a

pretensão recursal de incidência de correção monetária após o ajuizamento da ação, tampouco de aplicação de juros moratórios somente a partir da citação.

18. Honorários advocatícios majorados para 11% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, c.c. § 11 do CPC/2015.

19. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por GEF INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, FRANCISCO GONÇALVES ILÁRIO E JOSÉ GILMAR GOBBO face sentença que nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, rejeitou os embargos monitórios e, com fundamento no artigo 702, §8º, do CPC, declarou constituídos, de pleno direito, os títulos executivos judiciais almejados pela parte autora, possibilitando o prosseguimento na forma prevista no Livro I, Título II, do Código de Processo Civil, relativamente às dívidas oriundas dos contratos nºs 250960690000013071 e 250960690000013667. Custas na forma da lei. Condenou os embargantes ao pagamento de honorários de sucumbência no importe de 10% do valor da causa.

Em suas razões recursais, a parte embargante, ora apelante, pugna pela reforma da sentença, tendo em vista a carência da ação, por indevido procedimento adotado, considerando a existência de títulos executivos extrajudiciais, regularmente constituídos, e que enseja ação executiva direta. Portanto, no caso em tela, não há dúvidas de que o procedimento correto e legítimo seria a ação de execução, e jamais monitória. Requer assim que seja acolhida a presente preliminar, para determinar a carência da ação, ante a falta de interesse processual do autor, e por via de consequência, a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, com a inversão do ônus da sucumbência.

No mérito, requer a aplicabilidade do CDC, bem como para determinar a inversão do ônus da prova, para que o recorrido prove a validade do contrato, ou seja, que inexistente na hipótese ônus excessivo em detrimento dos recorrentes, bem como quais as taxas de juros aplicadas e sua validade.

Aduz ainda que a correção monetária conta-se a partir do ajuizamento da ação e os juros legais, por sua vez, só são cobrados a partir da citação.

Com contrarrazões da parte adversa, subiram os autos.

É o breve relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Do cabimento da ação monitória

A autora ajuizou a ação monitória com base em 3 (três) contratos denominados “Contrato Particular de Consolidação, Confissão, Renegociação de Dívida e Outras Obrigações” nº 20960690000013071, 250960690000013667 e 2509602690000013748, os quais preveem a consolidação, a renegociação e a confissão de dívida da quantia de R\$ 142.545,74, R\$ 133.488,93 e R\$ 114.859,20, respectivamente. Sobre o valor mutuado incide juros remuneratórios de 2,05% ao mês, com prazo para financiamento pagável em 84 prestações mensais.

Assim, há título executivo extrajudicial - contratos particulares assinados pelos devedores, fiadores e 2 (duas) testemunhas, prevendo valor certo, líquido e exigível, de forma que estão satisfeitos os requisitos do artigo 784, inciso III, c/c 786 do Código de Processo Civil/2015), sendo cabível a ação de execução.

No sentido de que o contrato de empréstimo bancário de valor determinado constitui título executivo extrajudicial situa-se o entendimento dos Tribunais Regionais Federais:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO SOB CONSIGNAÇÃO AZUL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. - Sendo o contrato de abertura de empréstimo/financiamento sob consignação azul, cujas cláusulas expressas estipulam os direitos e obrigações dos contratantes, bem como a ocasião do pagamento das prestações, constitui ele título executivo extrajudicial, pois preenche todos os requisitos exigidos pelo inciso II do art. 585 do CPC.

TRF 4ª Região, 4ª Turma, AG 200404010027834, Rel. Des.Fed. Valdemar Capeletti, j. 15/02/2006, DJ 29/03/2006

Insta ressaltar que mesmo tendo os contratos bancários em cobro natureza de título executivo extrajudicial, é de se concluir pela possibilidade do credor optar pelo ajuizamento da ação monitória, em razão da inexistência de qualquer prejuízo ao devedor. Nesse sentido, aponto precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA. POSSIBILIDADE. FACULDADE DO CREDOR. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA DO DEVEDOR. 1. A jurisprudência desta Corte possui entendimento firme no sentido de que, embora disponha de título executivo extrajudicial, cabe ao credor a escolha da via processual que lhe parecer mais favorável para a proteção dos seus direitos, desde que não venha a prejudicar o direito de defesa do devedor... (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 453803/PR, j. 28/09/2010, DJe 06/10/2010)

Vale ainda mencionar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da adequação da ação monitória para a cobrança de contrato de abertura de crédito em conta-corrente:

Súmula 247: O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

Assim, impõe-se reconhecer os pressupostos processuais válidos da presente ação.

Da aplicação do CDC - Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

A aplicação da Lei nº 8.078/1990 (CDC - Código de Defesa do Consumidor) aos contratos bancários é questão superada no âmbito dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras, como prestadoras de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, §2º, estão submetidas às disposições da lei consumerista, editando a Súmula nº 297: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

No mesmo sentido firmou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 2.591-DF, DJ 29/09/2006, p. 31, assentando-se que “as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”, excetuando-se da sua abrangência apenas “a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia”.

Essa proteção, porém, não é absoluta e deve ser invocada de forma concreta, comprovando o mutuário efetivamente a existência de abusividade das cláusulas contratuais ou de excessiva onerosidade da obrigação pactuada.

Mesmo em se tratando de contrato de adesão, não basta a invocação genérica da legislação consumerista, pois é necessária a demonstração de que o contrato viola normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Importa ainda anotar que a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor tem por lastro a assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio.

Assim, a distribuição do ônus da prova na forma ordinária do artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil somente deve ser excepcionada se restar comprovada a vulnerabilidade do consumidor, a ponto de, em razão dessa circunstância, não conseguir comprovar os fatos que alega, ao mesmo tempo em que a parte contrária apresenta informação e meios técnicos hábeis à produção da prova necessária ao deslinde do feito.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. CADASTRO DE INADIMPLENTES. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESCISÃO CONTRATUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA. INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DA EMPRESA DEMANDADA. ACÓRDÃO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA AO ARTIGO 535, I E II, DO CPC E DO ALEGADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 211 E 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inexiste afronta ao artigo 535, I e II, do CPC, quando Tribunal local examinou minudentemente as questões atinentes à solução da controvérsia posta nos autos, declinando os fundamentos nos quais suportou as conclusões assumidas.

2. A ausência de prequestionamento dos preceitos legais ditos violados, mesmo quando opostos embargos de declaração, impede o trânsito do recurso especial, por aplicação da Súmula 211 do STJ.

3. Não há que se falar em afronta ao artigo 333, I, do CPC, em face do indeferimento de prova oral, se o acórdão entender que o feito foi corretamente instruído, declarando a existência de provas suficientes para o seu convencimento. Ademais, rever os fundamentos que levaram a tal conclusão, é vedado na instância especial, segundo dispõe a Súmula 7/STJ.

4. A inversão do ônus da prova com fins à plena garantia do exercício do direito de defesa do consumidor, só é possível quando houver verossimilhança de suas alegações e constatada a sua hipossuficiência a qual deverá ser examinada não só do ponto de vista social, mas, principalmente, do ponto de vista técnico.

5. Na hipótese ora examinada, o Tribunal de origem indeferiu a inversão do ônus da prova e reconheceu a ausência da prática de ato ilícito da agravada, com apoio no substrato fático constante dos autos, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1355226/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS PELO FATO DO PRODUTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AMPLA DEFESA.

1. Para garantia do exercício do direito de ampla defesa do consumidor, estabelece-se a possibilidade a inversão do ônus da prova em seu benefício quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou, alternativamente, quando for constatada a sua hipossuficiência.

2. A hipossuficiência a referida pela Lei 8.078/90 na parte em que trata da possibilidade de inversão do ônus da prova está relacionada, precisamente, com o exercício dessa atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano.

3. Há de se atentar, porém, para que não seja imputado ao réu o ônus de uma prova que foi inviabilizada pelo próprio autor, o que não sucede na hipótese dos autos.

4. Não é possível, em sede de recurso especial, examinar se os documentos que instruem a petição inicial constituem lastro probatório suficiente ou se a prova pericial (indireta) podia ser validamente dispensada, tendo em vista a Súmula 07/STJ.

5. Recurso Especial a que se nega provimento, com observação de que todo o manancial probatório deverá ser ulteriormente ponderado, afastando-se similitude entre inversão de ônus da prova com confissão ficta de matéria fática.

(STJ, REsp 1325487/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 14/09/2012)

No caso dos autos, não se verifica hipossuficiência técnica a justificar a inversão do ônus da prova, na medida em que os fatos alegados pela autora restaram devidamente demonstrados pela prova constante na presente ação, os quais foram rebatidos nos embargos à monitória.

Dos juros.

Da capitalização dos juros.

Não prospera o argumento de que não é admissível a capitalização dos juros, com apoio na Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, os contratos foram firmados em 29/03/2017, 22/05/2017 e 25/05/2017 e preveem expressamente a forma de cálculo dos juros.

Outrossim, observo que a capitalização mensal, assim entendida como a incidência mensal de juros sobre uma base de cálculo com juros já incorporados ao débito, vem expressamente prevista nos contratos de empréstimo/financiamento de pessoa jurídica (cláusula terceira):

DOS ENCARGOS

CLÁUSULA TERCEIRA - Sobre o saldo devedor incidirão juros remuneratórios, até a liquidação do contrato, na forma abaixo:

Pós-fixados, representados pela composição da Taxa Referencial – TR, divulgada pelo Banco Central do Brasil, acrescida da taxa de rentabilidade de 2,05000% ao mês, obtendo-se *a taxa final calculada capitalizadamente*. Taxa final = $((1 + TR/100) \times (1 + T.Rentab/100) - 1) \times 100$. (g.n.) (...)

Ademais, tratando-se de contrato bancário firmado posteriormente à vigência da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30/03/2000 (em vigor a partir da publicação no DOU de 31/03/2000), por diversas vezes reeditada, a última sob nº 2.170-36, de 23/08/2001, ainda em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, é lícita da capitalização dos juros, nos termos do artigo 5º:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Nesse sentido situa-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE. - A capitalização dos juros é admissível nos contratos bancários celebrados a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00), desde que pactuada. Agravo improvido.

(STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 1041086/RS, Rel.Min. Sidnei Beneti, j. 26/11/2008, Dje 19/12/2008)

In casu, tendo em vista a cláusula terceira dos contratos que preveem expressamente a capitalização de juros, é lícita sua incidência.

Da inocorrência de cobrança de juros ou encargos excessivos ou abusivos.

Não prospera a alegação de cobrança de valores excessivos ou abusivos.

Conforme assinalado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.591-DF, DJ 29/09/2006, p. 31, as instituições financeiras submetem-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, exceto quanto à “definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia”. Em outras palavras, a definição da taxa de juros praticada pelas instituições financeiras não pode ser considerada abusiva com apoio no CDC.

E as instituições financeiras não estão sujeitas à limitação da taxa de juros, conforme entendimento de há muito firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 596:

As disposições do Decreto 22626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.

No caso dos autos, não se verifica qualquer excesso ou abusividade nas cláusulas contratuais que fixam os juros remuneratórios em 2,05% ao mês, acrescida da variação da TR - Taxa Referencial.

Não há nos autos nada que indique que se trata de taxa que destoa das efetivamente praticadas no Sistema Financeiro Nacional. Ademais, se assim fosse, certamente o embargante teria contratado o empréstimo em outra instituição financeira.

No sentido de que a mera estipulação de juros contratuais acima de 12% não configura abusividade, que somente pode ser admitida em situações excepcionais, firmou-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO... I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. (STJ, 2ª Seção, Resp 1061530/RS, Rel.Min. Nancy Andrighi, j. 22/10/2008, DJe 10/03/2009)

Nessa senda, verifica-se que quando a parte embargante contratou, sabia das taxas aplicadas e das consequências do inadimplemento. Uma vez inadimplente, não pode agora ser beneficiada com taxas diferentes das contratadas, devendo ser respeitado o princípio do pacta sunt servanda.

Da cumulação da comissão de permanência com outros encargos

As Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 do Superior Tribunal de Justiça são claras ao reconhecer a legitimidade da aplicação da comissão de permanência, uma vez caracterizada a inadimplência do devedor, contanto que não haja cumulação com índice de atualização monetária ou taxa de juros:

Súmula nº 30. A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

Súmula nº 294. Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

Súmula nº 296. Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

A comissão de permanência, prevista na Resolução nº 1.129/1986 do BACEN, já traz embutida em seu cálculo a correção monetária, os juros remuneratórios e os encargos oriundos da mora.

Tanto a taxa de rentabilidade, como quaisquer outros encargos decorrentes da mora (como, v.g. multa ou juros moratórios), não podem ser cumulados com a comissão de permanência, por configurarem verdadeiro *bis in idem*. Nesse sentido firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Direito econômico. Agravo no recurso especial. Ação revisional de contrato bancário. Comissão de permanência. Cumulação com outros encargos moratórios. Impossibilidade. - É

admitida a incidência da comissão de permanência após o vencimento da dívida, desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual. Agravo no recurso especial não provido.

STJ, 2ª Seção, AGREsp 706.368, Rel.Min. Nancy Andrighi, j. 27/04/2005, DJ 08/08/2005, p. 179

Agravo regimental. Recurso especial. Ação de cobrança. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Cumulação da comissão de permanência com juros moratórios e multa contratual. Precedentes da Corte. 1. Confirma-se a jurisprudência da Corte que veda a cobrança da comissão de permanência com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de vedada a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios, a teor das Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 da Corte. 2. Agravo regimental desprovido.

STJ, 2ª Seção, AGREsp 712801, Rel.Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27/04/2005, DJ 04/05/2005, p. 154

CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL. RELATIVIZAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVAÇÃO DO ERRO. DESNECESSIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO CUMULATIVIDADE COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão dos contratos é possível em razão da relativização do princípio *pacta sunt servanda*, para afastar eventuais ilegalidades, ainda que tenha havido quitação ou novação. [...] 3. A comissão de permanência é admitida durante o período de inadimplemento contratual, não podendo, contudo, ser cumulada com qualquer dos demais encargos moratórios. 4. Agravo regimental improvido.

STJ, 4ª Turma, AGREsp 879268, Rel.Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 254

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. APRESENTAÇÃO PELA AUTORA DO CÁLCULO DISCRIMINADO DO DÉBITO ADEQUADO AOS PADRÕES LEGAIS. COMISSÃO DE PERMANENCIA ADMITIDA, SEM CUMULAÇÃO, TODAVIA, COM A CORREÇÃO MONETÁRIA E A “TAXA DE RENTABILIDADE”. - Exigência da chamada “taxa de rentabilidade”, presente na comissão de permanência, cuja exata qualificação jurídica está a depender da análise de estipulação contratual (Súmula n. 5 - STJ). - Admitida pela agravante que a “taxa de rentabilidade” é um dos elementos da comissão de permanência, resta claro ser indevida a cobrança cumulativa das duas parcelas. - Consoante assentou a Segunda Seção, a comissão de permanência abrange, além dos juros remuneratórios e da correção monetária, a multa e os juros de mora (AgRg no REsp n. 706.368-RS e 712.801-RS). - Agravo regimental improvido, com imposição de multa.

STJ, 4ª Turma, AgREsp 491437, Rel.Min. Barros Monteiro, j. 03/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310

Na hipótese dos autos, em caso de inadimplemento, os contratos preveem a cobrança de comissão de permanência cuja taxa mensal será obtida pela composição da taxa de CDI, acrescida de taxa de rentabilidade mensal de 5% do 1º ao 59º dia de atraso, e de 2% a partir do 60º dia de atraso, além de juros de mora à taxa de 1% ao mês ou fração.

Entretanto, o exame dos discriminativos de débito revela que a atualização da dívida deu-se pela exclusão da comissão de permanência, substituindo-a por índices individualizados e não cumulados com atualização monetária, juros legais, juros de mora e multa por atraso.

Como bem se vê, inexistente cobrança de comissão de permanência no caso dos autos.

Do termo inicial para a incidência da atualização monetária e juros

Há posicionamento desta Corte Regional no sentido de que a atualização da dívida deve ser feita nos termos do contrato até a data do efetivo pagamento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. EMBARGOS. CONSTRUCARD. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. INAPLICABILIDADE. VERBA HONORÁRIA.

I. Critérios de atualização da dívida previstos no contrato que devem ser preservados até a liquidação final do débito. Precedentes da Corte.

II. Verba honorária fixada na sentença que fica mantida.

III. Recurso parcialmente provido.

(TRF3, 2ª Turma, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1955057, Processo: 00106682420124036100, Relator Desembargador Federal Peixoto Júnior, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:).

AÇÃO MONITÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. MODIFICAÇÃO APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O ajuizamento da ação não modifica a relação de direito material entre as partes, de sorte que, havendo disposição contratual expressa e válida quanto aos juros e aos critérios de correção monetária, eles continuam aplicáveis até a satisfação do crédito.

2. Não é lícito ao juiz, embora considerando válido o contrato, inclusive quanto às cláusulas que estabeleçam encargos ou verbas acessórias, determinar outros critérios de correção monetária e juros a partir da propositura.

3. Apelação provida.

(TRF3, 2ª Turma, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1464605, Processo: 2008.61.20.004076-5-0/SP, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publ. DJF3 CJ1 10/12/2009, p. 2).

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - CONSTRUCARD - RECURSO DE APELAÇÃO E ADESIVO PARCIALMENTE CONHECIDOS - ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - INADMISSIBILIDADE - RECURSO DE APELAÇÃO DA CEF PROVIDO - RECURSO ADESIVO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Matéria relativa à legalidade da comissão de permanência não conhecida, porquanto tal encargo não constou da sentença ora impugnada até porque não há previsão contratual para sua incidência.

2. Do mesmo modo, inexistente interesse recursal da apelante em relação à capitalização mensal dos juros remuneratórios, eis que a sentença decidiu nos moldes do seu inconformismo.

3. Recurso de apelação da CEF conhecido tão somente em relação aos critérios de atualização da dívida após o ajuizamento da ação.

4. Esta Corte Regional, já se posicionou no sentido de que a atualização da dívida deve ser feita nos moldes dispostos no contrato até a data do efetivo pagamento (Precedentes).

5. Ademais, importa registrar que o próprio Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução CJF 267/13), prevê a aplicação dos encargos contratados, conforme Capítulo 3.

6. Inexistente interesse processual do recorrente na obtenção da declaração de nulidade da cláusula décima sétima do contrato, na medida em que a CEF não está cobrando os encargos ali previstos, quais sejam: multa contratual de 2%, despesas judiciais e honorários advocatícios.

7. No mais, registre-se que a sucumbência deve ser suportada pelo vencido, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

8. No caso, sem fundamento legal a pretensão do recorrente para que a CEF seja condenada ao pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, na medida em que ela é a parte vencedora da ação.

9. Recursos parcialmente conhecidos. Recurso de apelação da CEF provido. Recurso adesivo da parte ré improvido. Sentença reformada em parte.

(TRF3, 5ª Turma, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1940392, Processo: 0002631-60.2012.4.03.6115/SP, Relator Desembargador Federal PAULO FONTES, publ. e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/03/2015).

Assim, considerando que a atualização do débito deva ser nos moldes pactuados nos contratos firmados entre as partes até a data do efetivo pagamento, não prospera a pretensão recursal de incidência de correção monetária após o ajuizamento da ação, tampouco de aplicação de juros moratórios somente a partir da citação.

Das verbas sucumbenciais

A sentença condenou a parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.

Considerando que o recurso de apelação foi interposto sob a égide do CPC/2015, aplica-se o artigo 85 do referido diploma legal.

Ressalte-se, ainda, que, nos termos do Enunciado Administrativo nº 7, elaborado pelo Superior Tribunal de Justiça para orientar a comunidade jurídica acerca da questão do direito intertemporal, tratando-se de recurso interposto contra decisão publicada posteriormente a 18/03/2016, é possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/2015:

Enunciado administrativo número 7

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, § 11, do novo CPC.

Assim, condeno a parte apelante ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais devem ser majorados, modificando-se o patamar originalmente arbitrado para o montante de 11% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/2015.

Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5002395-77.2018.4.03.6126

Apelante: AMANDA CUNHA MARTINS DA SILVA

Apelados: UNIESP - UNIÃO DAS INSTITUIÇÕES EDUCACIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO LTDA, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2020

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. FIES. ISONOMIA. IGUALDADE NAS CONTRATAÇÕES. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

I - A controvérsia contida nos autos diz respeito a cobrança, por parte da instituição de ensino ré, de mensalidades distintas entre alunos de um mesmo curso e classe, em proporção na qual o valor exigido da parte Autora representa o dobro do valor cobrado em relação ao caso paradigmático por ela apresentado. Tais valores estão comprovados pela apresentação dos contratos de financiamento estudantil firmados pelos estudantes com a instituição de ensino e com a instituição financeira, em sua atribuição de gestora do FNDE. Citada, a instituição de ensino não apresentou razões que justificassem a disparidade em questão, circunstância que deu causa a outros processos semelhantes apresentados a esta Justiça Federal.

II - É certo que as instituições de ensino, na condição de fornecedores de serviços educacionais e no exercício de sua livre iniciativa, tem a faculdade de oferecer descontos individualizados aos consumidores ou de estabelecer programas de bolsa com fundamentos dos mais diversos, tais como o desempenho acadêmico dos estudantes, suas condições socioeconômicas, seus vínculos familiares com os funcionários da instituição, entre tantos outros. Destaca-se que um dos programas da instituição Ré mencionado pela parte Autora em seu depoimento pessoal, “Uniesp paga”, é bastante conhecido, já que também tem sido objeto de ações diversas nesta Justiça Federal.

III - A despeito dos poderes em questão, no entanto, a contestação oferecida pela instituição de ensino limitou-se a apontar a adequação dos valores cobrados com as portarias internas da instituição, sem qualquer justificativa para a disparidade de preços praticados entre os alunos. A instituição ré não contestou os fundamentos verossímeis apresentados pela parte Autora, segundo a qual, após a aquisição da Fapan pela Uniesp, houve a promessa de que o reajuste de mais de cem por cento na prestação seria dirigido exclusivamente aos novos alunos da instituição.

IV - Na ausência de outras justificativas, conclui-se que a ré não se desincumbiu do ônus de contestar as provas e alegações da parte Autora, razão pela qual é crível que a aludida promessa formulada pela instituição de ensino tenha sido cumprida apenas para parte dos alunos, o que implica em comportamento discriminatório, uma

vez que injustificado. A ré não manteve os valores anteriores ao reajuste a todos os alunos já matriculados, não aplicou os reajustes a todos alunos que se encontravam sob as mesmas condições, tampouco logrou justificar as razões para que o reajuste fosse aplicado apenas para parte dos alunos, que passou a pagar o dobro do valor exigido dos demais.

V - A situação descrita na inicial se agrava ao se considerar que a ré reajustou sua prestação em mais de cem por cento, porcentagem substancial que, por si só, pode ter impacto proibitivo para a renda de parte dos consumidores. Em tais circunstâncias, é possível aventar que o impacto no patrimônio de parte dos consumidores poderia implicar em abandono do curso, com o correlato prejuízo representado pelas mensalidades já pagas ou com a obrigação de honrar as prestações de financiamento estudantil sem poder desfrutar dos benefícios de sua conclusão.

VI - É de se destacar que a controvérsia contida nos autos envolve essencialmente a instituição de ensino e a estudante, sem que se possa aventar qualquer prática ilícita da CEF, que formaliza a contratação do financiamento com as informações repassadas pela corré. Ainda que se possa afastar a aplicação do CDC em relação à CEF enquanto representante do FNDE, a relação de consumo entre a estudante e instituição de ensino não se descaracteriza, em especial ao se considerar que o contrato de financiamento foi assinado muito tempo depois da assinatura do contrato de prestação de serviços educacionais.

VII - Desta forma, as provas carreadas nos autos permitem a conclusão de que a corré Uniesp atentou contra o direito à igualdade nas contratações previsto no art. 6º, II, do CDC, além das práticas abusivas aludidas no art. 39, V, X, art. 51, IV, X, § 1º, I, II e III do CDC, sendo possível a revisão da obrigação com base no art. art. 6º, IV, V, VI e VII do CDC. Mesmo que fosse adotado o entendimento de que o CDC não se aplicaria aos contratos do FIES, a afronta ao princípio da isonomia, consubstanciado direito fundamental pela Constituição Federal, já seria suficiente para amparar o justo pleito da parte Autora, uma vez que não houve justificativa para o tratamento desigual.

VIII - É de rigor a revisão da sentença para determinar ao FNDE e à CEF a revisão do contrato de abertura de crédito para o financiamento de encargos educacionais FIES nº 21.2872.185.0000235-91 e seus aditivos, firmados com Amanda Cunha Martins da Silva, adotando-se como valor das semestralidades os mesmos valores praticados no contrato de abertura de crédito FIES nº 21.1207.185.0004277-90 (de Noel Rosa de Oliveira). Em decorrência de tal determinação, é de rigor condenar a Uniesp a ressarcir o FNDE pelos valores lançados de maneira indevida que tenham implicado em custos ao agente operador e aos agentes financeiros na liberação dos valores financiados e em sua revisão.

IX - Considerando que a demanda tem natureza eminentemente material, não comprovada a inclusão do nome da parte Autora em cadastros de proteção ao crédito, não se vislumbrando a existência de provas cabais de que a instituição de ensino tenha agido com má-fé ou razões que atentem contra a honra da parte Autora, entendo não restar configurado o dano moral.

X - Honorários advocatícios devidos exclusivamente pela corré Uniesp em favor do patrono da parte Autora no montante de 10% da condenação.

XI - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela CEF e resolveu o mérito, na forma do art. 487, I, do CPC para julgar improcedente a ação. Diante da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, os quais foram fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa para os advogados de cada um dos corréus, nos termos do art. 85, § 2º, CPC, cuja exigibilidade ficará suspensa nos termos do art. 98, § 3º, CPC.

A ação revisional de contrato de financiamento estudantil – FIES, cumulada com pedido de indenização por danos morais proposta foi por Amanda Cunha Martins da Silva em face da CEF, da UNIESP e do FNDE. Requerem a revisão do contrato para que se adequar aos valores praticados em contratos semelhantes do mesmo período, apresentando os paradigmas.

Em razões de apelação, a parte Autora sustenta, em síntese, que iniciou curso de direito junto a faculdade FAPAN que, após ser adquirida pela Uniesp, dobrou o preço das mensalidades tornando impraticável o adimplemento das prestações pela Autora, obrigando-a a assinar contrato FIES. Assenta, no entanto, que à época da assinatura do contrato de financiamento, a instituição de ensino informou para a Apelante e outros colegas de sua turma que aos alunos anteriormente matriculados na FAPAN que fossem aderir ao FIES, independentemente da época de assinatura, não seria imputado qualquer prejuízo com relação ao aumento das mensalidades, uma vez que o valor original seria mantido. Não suficiente, assenta que a instituição de ensino informou para a Apelante que, por um erro sistêmico, o contrato havia sido minutado com base nos novos valores de mensalidade aplicados pela UNIESP, mas que a Apelante não deveria se preocupar com tal fato, tendo em vista que, ao final do curso, o erro seria corrigido. O erro em questão se evidencia com a indicação do curso de Engenharia no contrato assinado, e não Direito. Reitera os pedidos iniciais para que seu contrato seja adequado àqueles firmados por seus colegas de classe, mesmo que assinados em épocas diferentes, tendo em vista a indução a erro praticada pela instituição ré. Refere que teve seu nome incluído em cadastro de inadimplentes, o que justificaria a condenação por danos morais. Protesta que não há razão que justifique que a autora deva pagar o dobro da mensalidade paga por seus colegas de sala, apenas em virtude do fato de que aqueles contrataram o financiamento com seis meses de antecedência. Informa a existência de processos semelhantes com julgamentos diversos.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

A controvérsia contida nos autos diz respeito a cobrança, por parte da instituição de ensino ré, de mensalidades distintas entre alunos de um mesmo curso e classe, em proporção na qual o valor exigido da parte Autora representa o dobro do valor cobrado em relação ao caso paradigmático por ela apresentado.

Tais valores estão comprovados pela apresentação dos contratos de financiamento estudantil firmados pelos estudantes com a instituição de ensino e com a instituição financeira, em sua atribuição de gestora do FNDE. Citada, a instituição de ensino não apresentou razões que justificassem a disparidade em questão, circunstância que deu causa a outros processos semelhantes apresentados a esta Justiça Federal.

O contrato inicialmente firmado entre a parte Autora e a Sociedade Educacional do Grande ABC Ltda, entidade mantenedora da Faculdade Fapan, previa a cobrança de mensalidades no importe de R\$ 649,00 em 25/01/2012 (ID 127536882), enquanto o contrato FIES firmado junto com a CEF em 03/12/2013 previa o valor de R\$ 8.575,10 para a semestralidade (ID 127536884), valor equivalente a uma mensalidade de R\$ 1.429,18.

A parte Autora apresentou a informação de que sua colega de turma, Michelle Fernanda Santos Silva, firmou contrato com a mesma instituição de ensino com o pagamento de R\$ 4.679,40 relativo ao 1º semestre de 2013, valor equivalente a prestações mensais de R\$ 779,90, o contrato firmado em 25/03/2013 (ID 127536888). As mesmas condições foram mantidas nos semestres subsequentes ID 127536889, ID 127536890, ID 127536891 e ID 127536892.

A parte Autora apresenta, ainda, a informação de que outro colega, Noel Rosa de Oliveira, por sua vez, firmou contrato em 02/10/2012, enquanto o aditivo assinado para 2º semestre de 2015 (ID 127536896) previa a cobrança de R\$ 4.447,00, o equivalente a R\$ 741,16 por mês. Há prova nos autos de que valores inferiores foram cobrados nos semestres anteriores (ID 127536897 e ID 127536898).

É certo que as instituições de ensino, na condição de fornecedores de serviços educacionais e no exercício de sua livre iniciativa, tem a faculdade de oferecer descontos individualizados aos consumidores ou de estabelecer programas de bolsa com fundamentos dos mais diversos, tais como o desempenho acadêmico dos estudantes, suas condições socioeconômicas, seus vínculos familiares com os funcionários da instituição, entre tantos outros. Destaca-se que um dos programas da instituição Ré mencionado pela parte Autora em seu depoimento pessoal, “Uniesp paga”, é bastante conhecido, já que também tem sido objeto de ações diversas nesta Justiça Federal.

A despeito dos poderes em questão, no entanto, a contestação oferecida pela instituição de ensino limitou-se a apontar a adequação dos valores cobrados com as portarias internas da instituição, sem qualquer justificativa para a disparidade de preços praticados entre os alunos.

A instituição ré não contestou os fundamentos verossímeis apresentados pela parte Autora, segundo a qual, após a aquisição da Fapan pela Uniesp, houve a promessa de que o reajuste de mais de cem por cento na prestação seria dirigido exclusivamente aos novos alunos da instituição.

Na ausência de outras justificativas, conclui-se que a ré não se desincumbiu do ônus de contestar as provas e alegações da parte Autora, razão pela qual é crível que a aludida promessa formulada pela instituição de ensino tenha sido cumprida apenas para parte dos alunos, o que implica em comportamento discriminatório, uma vez que injustificado.

A ré não manteve os valores anteriores ao reajuste a todos os alunos já matriculados, não aplicou os reajustes a todos alunos que se encontravam sob as mesmas condições, tampouco logrou justificar as razões para que o reajuste fosse aplicado apenas para parte dos alunos, que passou a pagar o dobro do valor exigido dos demais.

A situação descrita na inicial se agrava ao se considerar que a ré reajustou sua prestação em mais de cem por cento, porcentagem substancial que, por si só, pode ter impacto proibitivo para a renda de parte dos consumidores. Em tais circunstâncias, é possível aventar que o impacto no patrimônio de parte dos consumidores poderia implicar em abandono do curso, com o correlato prejuízo representado pelas mensalidades já pagas ou com a obrigação de honrar as prestações de financiamento estudantil sem poder desfrutar dos benefícios da conclusão do curso.

É de se destacar que a controvérsia contida nos autos envolve essencialmente a instituição de ensino e a estudante, sem que se possa aventar qualquer prática ilícita da CEF, que formaliza a contratação do financiamento com as informações repassadas pela corrê.

Ainda que se possa afastar a aplicação do CDC em relação à CEF enquanto representante do FNDE, a relação de consumo entre a estudante e instituição de ensino não se descaracteriza, em especial ao se considerar que o contrato de financiamento foi assinado muito tempo depois da assinatura do contrato de prestação de serviços educacionais.

Desta forma, as provas carreadas nos autos permitem a conclusão de que a corrê Uniesp atentou contra o direito à igualdade nas contratações previsto no art. 6º, II, do CDC, além das práticas abusivas aludidas no art. 39, V, X, art. 51, IV, X, § 1º, I, II e III do CDC, sendo possível a revisão da obrigação com base no art. 6º, IV, V, VI e VII do CDC.

Mesmo que fosse adotado o entendimento de que o CDC não se aplicaria aos contratos do FIES, a afronta ao princípio da isonomia, consubstanciado direito fundamental pela Constituição Federal, já seria suficiente para amparar o justo pleito da parte Autora, uma vez que não houve justificativa para o tratamento desigual.

É de rigor a revisão da sentença para determinar ao FNDE e à CEF a revisão do contrato de abertura de crédito para o financiamento de encargos educacionais FIES nº 21.2872.185.0000235-91 e seus aditivos, firmados com Amanda Cunha Martins da Silva, adotando-se como valor das semestralidades os mesmos valores praticados no contrato de abertura de crédito FIES nº 21.1207.185.0004277-90 (de Noel Rosa de Oliveira). Em decorrência de tal determinação, é de rigor condenar a UNIESP a ressarcir o FNDE pelos valores lançados de maneira indevida que tenham implicado em custos ao agente operador e aos agentes financeiros na liberação dos valores financiados e em sua revisão.

Considerando que a demanda tem natureza eminentemente material, não comprovada a inclusão do nome da parte Autora em cadastros de proteção ao crédito, não se vislumbrando a existência de provas cabais de que a instituição de ensino tenha agido com má-fé ou razões que atentem contra a honra da parte Autora, entendo não restar configurado o dano moral.

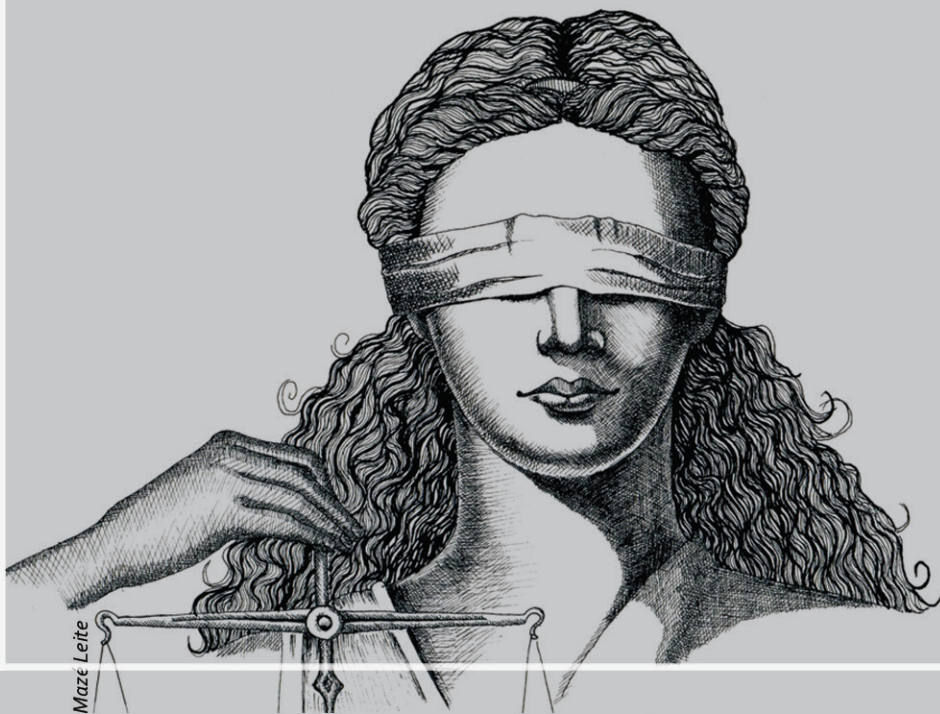
Honorários advocatícios devidos exclusivamente pela corrê Uniesp em favor do patrono da parte Autora no montante de 10% da condenação.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0001706-30.2017.4.03.6005

Apelante: BRUNO HENRIQUE XAVIER DE OLIVEIRA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. MOEDA FALSA (CP, ART. 289). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA (CPP, art. 386, VII). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAÇÃO DO RÉU. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (CP, ART. 59). EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ATENUANTES PELA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E IDADE DO ACUSADO À ÉPOCA DOS FATOS (CP, ART. 65, I, E III, 'D') REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Réu denunciado por prática do crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal, haja vista que no dia 21.08.17, por volta de 21h, na Rodovia BR-463, no Posto Capey, em Ponta Porã (MS), foi flagrado enquanto guardava 2.224 (duas mil, duzentas e vinte e quatro) cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) que importara do Paraguai.

2. Sentença que absolveu o acusado por insuficiência probatória de autoria e dolo da conduta (CPP, art. 386, VII).

3. Materialidade e autoria comprovadas considerando o auto de prisão em flagrante, o auto de apreensão, o laudo de exame pericial das cédulas apreendidas (constatação de que não era falsidade grosseira), os depoimentos extrajudiciais dos Agentes da Polícia Rodoviária Federal, o depoimento judicial de uma das testemunhas policiais e a confissão extrajudicial do réu.

4. Reforma da sentença para condenação do acusado por prática do crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal.

5. Dosimetria. Exasperação da pena-base (CP, art. 59). Reconhecimento de que as circunstâncias do crime foram negativas, considerando a expressiva quantidade de cédulas falsas apreendidas. Incidência de duas atenuantes de pena, pela confissão extrajudicial e a idade do réu à época dos fatos (menor de 21 anos). Pena intermediária reduzida ao mínimo legal, em observância à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Fixação de regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu.

7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu DAR PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal para condenar Bruno Henrique Xavier de Oliveira às penas de 3 (três) anos de reclusão, regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, por prática do crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu Bruno Henrique Xavier de Oliveira da acusação de prática do crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (Id . 137862036).

Alega-se, em resumo, o seguinte:

- a) dos elementos informativos e dos resultantes da instrução processual extrai-se prova de que o réu praticou crime assimilado à moeda falsa, nas modalidades “guardar” e “importar”;
- b) os depoimentos das testemunhas policiais são coerentes em ambas as fases da persecução penal e também se harmonizam com a confissão do réu em entrevista preliminar e em sede policial;
- c) a negativa de autoria apresentada pelo réu em juízo mostra-se mera tentativa de excluir sua responsabilidade pelo crime de moeda falsa ou obter desclassificação para o delito de descaminho, tese que carece de credibilidade;
- d) conclui-se que o réu aceitou de forma livre e consciente a proposta de indivíduo desconhecido para viajar até região de fronteira (notoriamente conhecida como porta de entrada de diversos produtos ilícitos) e não tomou o cuidado sequer de conferir o interior da mochila que transportava, assumindo o risco de transportar moeda falsa ou qualquer outro objeto ilícito;
- e) não é crível que o réu tenha acreditado que as mais de 2.000 (duas mil) cédulas falsas fossem autênticas, e o fato de que completara 18 (dezoito) anos de idade pouco antes não afasta o dolo da conduta, dado o critério biopsicológico de aferição da imputabilidade penal;
- f) após obter liberdade provisória nestes autos, o réu tornou a delinquir em agosto de 2019;
- g) na fixação da dosimetria, devem ser observadas a maior culpabilidade (grande quantidade de cédulas apreendidas) e a confissão espontânea prestada na fase investigativa (Id n. 137862051, pp. 1/14).

O réu apresentou as contrarrazões (Id n. 137862063).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Carlos Alberto Bermond Natal, manifestou-se pelo provimento do recurso a fim de que o réu seja condenado nos termos da denúncia (Id n. 137942635).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Imputação. Bruno Henrique Xavier de Oliveira foi denunciado por prática do crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal, haja vista que no dia 21.08.17, por volta de 21h, na Rodovia BR-463, no Posto Capey, em Ponta Porã (MS), foi flagrado na guarda de 2.224 (duas mil, duzentas e vinte e quatro) cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) que importara do Paraguai.

A denúncia narra que Policiais Rodoviários Federais abordaram ônibus da Empresa Queiroz, durante fiscalização de rotina, e em revista ao bagageiro externo localizaram uma mala preta contendo grande quantidade de cédulas falsas. Em seguida, ao confrontarem as etiquetas adesivas afixadas na bagagem n. 352342 e a lista de controle do motorista do veículo, restou identificado o denunciado Bruno Henrique Xavier de Oliveira (ocupante da poltrona 41) como proprietário da bagagem.

Em entrevista preliminar e no interrogatório extrajudicial, o réu admitiu que recebera as cédulas em um hotel no Paraguai e que ganharia R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para entregá-las em Belo Horizonte (MG) (Id n. 137861676, pp. 3/6).

Sentença. O Juízo *a quo* absolveu o réu por insuficiência de provas de autoria e dolo, com a seguinte fundamentação:

Com efeito, sobre a autoria a prova testemunhal afirma que a mala com as notas falsas estava vinculada a passagem do réu sentado na poltrona 41, o réu afirma que estava sentado na poltrona 41, mas que a mala não constava seu nome ou identificação. A passagem, o tíquete da mala ou até mesmo a foto da mala não foram juntados no inquérito policial, trazendo a este juízo dúvida razoável quanto à prova da autoria.

Mesmo que se admitisse provada a autoria delitiva, na análise da tipicidade, também não vislumbro, desde logo, demonstração adequada e indubitável da presença de dolo na conduta do denunciado apto a embasar um decreto condenatório, não se podendo olvidar que à época o acusado tinha recém completado 18 anos.

Com efeito, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 não consagra a responsabilidade penal objetiva, sendo mister para caracterização do ilícito penal a demonstração dos elementos subjetivos, elementos internos pertencentes à realidade psíquica do indivíduo. O dolo, após a Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, indubitavelmente se localiza no interior do tipo penal, e não como elemento da culpabilidade, entendimento hoje absolutamente superado.

Sobre o tema, valiosa a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

(...)

Ainda segundo Cezar Roberto Bitencourt:

(...)

O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato

constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem ele.

A consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial. Mas a consciência do dolo abrange somente a representação dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dele a consciência da ilicitude, que hoje está deslocada para o interior da culpabilidade. É desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica. Enfim, em termos bem esquemáticos, dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientado pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto.” (in Tratado de Direito Penal. V. 1. 12.ed. SP: Saraiva, 2008, p. 267.)

Diante do conjunto probatório produzido nos autos, especialmente, em vista da ausência de prova suficiente a comprovar de forma indubitável a autoria delitiva, bem como o dolo, leva este Juízo a concluir pela absolvição do acusado.

É preciso que haja a efetiva comprovação de que o réu tinha conhecimento do fato constitutivo da ação típica e a efetiva e atual vontade de praticar qualquer um dos verbos típicos previstos no § 1.º do art. 289 do Código Penal, quais seja: “importar”, “exportar”, “adquirir”, “trocar”, “ceder”, “emprestar”, “guardar” ou “introduzir” na circulação moeda falsa.

Em sede penal, a incerteza gera absolvição, pois o ônus da prova dos fatos descritos na inicial é da acusação, à defesa basta que gere a incerteza, a dúvida sobre tais fatos.

Sobre o ônus da prova no processo penal, esclarecedora é a lição de Guilherme de Souza Nucci: (...)

Se é certo que no momento do recebimento da denúncia prevalece o interesse da sociedade para apuração da infração penal, conforme também bem observado pelo membro do MPF, onde se apresenta suficiente a prova da materialidade e indícios da autoria, não é menos correto que, quando do julgamento, deve preponderar a certeza, não bastando indícios, por envolver um dos direitos fundamentais do indivíduo, a liberdade. (Id n. 137862036)

O Ministério Público Federal apela para que a sentença seja reformada, com a condenação do acusado nos termos da denúncia.

Assiste-lhe razão.

Materialidade. A materialidade está satisfatoriamente comprovada em razão do que segue:

- a) Auto de Prisão em Flagrante (Id n. 137861674, pp. 4/10);
- b) Auto de Apresentação e Apreensão n. 278/17 de 2.231 (duas mil, duzentas e trinta e uma) cédulas no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) (Id n. 137861674, pp. 11/12);
- c) Laudo de Perícia Criminal Federal n. 1800/2017 – SETEC/SR/PF/MS, que concluiu que as cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) apresentadas são falsas, haja vista não possuírem os elementos de segurança característicos, e que as falsificações não são grosseiras, pois as cédulas foram reproduzidas com bastante nitidez em seus dizeres e impressões macroscópicas, possuindo aspectos visuais comuns às notas verdadeiras que poderiam se passar por autênticas no meio circulante, sendo aptas a enganar terceiros de boa-fé (Id n. 137861675, pp. 10/17).

Anoto que foi constatada discrepância entre o número de notas apreendidas (2.231), mencionadas no boletim de ocorrência (2.250) e devolvidas aos autos após perícia (2.224), o que foi objeto de indagação pelo Ministério Público Federal ao Delegado de Polícia (Id n. 137861675, p. 36), que esclareceu que a divergência se deu provavelmente em virtude da precariedade de estrutura para contagem das cédulas pela unidade policial (Id n. 137861675, p. 38).

Autoria. A autoria do delito está comprovada.

Na fase investigativa, as testemunhas Alaércio Dias Barbosa e Fernando Garanhaní, Agentes da Polícia Rodoviária Federal, prestaram depoimentos de teor semelhante, no sentido de que estavam em fiscalização de rotina no Posto Capey quando, ao revistarem o bagageiro externo de ônibus de linha da empresa Expresso Queiroz, localizaram uma mala preta contendo grande quantidade de cédulas falsificadas. Após confrontarem as etiquetas afixadas na bagagem com a listagem em poder do motorista do ônibus, identificaram o réu Bruno, ocupante da poltrona 41, como proprietário da mala. Indagado acerca dos objetos ilícitos, o réu disse aos Policiais que chegara a Ponta Porã (MS) na véspera e se hospedara em um hotel no Paraguai. Na data dos fatos, recebeu as cédulas de um desconhecido, sendo que receberia R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para transportá-las até Belo Horizonte (MG), onde as entregaria para outra pessoa que também não conhecia (Id n. 137861674, pp. 4/6).

A testemunha Fernando Garanhaní foi posteriormente ouvida em Juízo. Na ocasião, declarou que a abordagem se deu em fiscalização de rotina, por volta de 12h, em um ônibus da empresa Queiroz, que faz o itinerário de Ponta Porã (MS) a Campo Grande (MS). Localizaram uma mala no bagageiro externo, de cor preta, em cujo interior havia grande quantidade de cédulas aparentemente falsas, pois, considerando a consistência do papel, se notava que não eram verdadeiras. As notas não estavam escondidas, estavam aparentes. Verificado o controle interno de bagagens, identificou-se o autor do fato, réu Bruno, que ocupava a poltrona 41. O réu era proprietário da bagagem e, indagado acerca dos fatos, relatou que viera à região no dia anterior, hospedando-se em um hotel no Paraguai, e disse que fora contratado por um indivíduo de nome Marcos, de Belo Horizonte (MG), para onde deveria posteriormente levar a mala. Ele iria ganhar cerca de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por essa empreitada. O réu não relatou de quem recebera as cédulas no Paraguai, só falou sobre o contratante Marcos. Dois ou três Policiais participaram da fiscalização. O depoente e o Policial Alaércio fiscalizaram o bagageiro (Ids ns. 137861681 e 137861882).

A testemunha Ricardo Celso Torres dos Santos prestou declarações abonatórias a respeito do réu. Disse que não presenciou os fatos do processo. Conhece o réu há cerca de 7 (sete) anos. O réu trabalhava com lava-jato. Levava carros para lavagem no estabelecimento do réu, costumavam conversar nessas ocasiões. O réu é muito comunicativo, tranquilo, não era à toa que “pegavam” confiança de deixar veículos com ele, para limpeza, mesmo enquanto ele era menor de idade. O réu tinha temperamento calmo. Surgiram comentários sobre a prisão dele, surpreendeu-se de um menino bacana como o Bruno ter sido preso, demorou a “cair a ficha”. Não conversaram sobre os fatos (Id n. 137861956).

Na fase investigativa, o réu declarou que residia em Contagem (MG) e que viajara de ônibus à região de fronteira, onde chegou no dia 05.03.17, com a finalidade de buscar o material ilícito que portava e que foi posteriormente localizado durante a abordagem policial. Disse que permaneceu hospedado em um hotel no Paraguai. Recebera a proposta para buscar as cédulas falsas de um homem de Belo Horizonte (MG) chamado Marcos. Esse homem estivera no lava-rápido do acusado em duas ocasiões, ambas para lavagem de um veículo Gol Prata. Receberia R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pelo serviço quando as cédulas fossem entregues em Belo Horizonte (MG). Recebeu as cédulas de um paraguaio, que as levou ao hotel onde estava hospedado. Foi abordado pelos Policiais quando transportava as cédulas falsas (Id n. 137861674, pp. 9/10).

Interrogado em Juízo, o réu afirmou que em momento algum confessou a propriedade das notas. Marcos contratou-o dizendo que eram eletrônicos, aparelhos telefônicos para revenda. Marcos foi ao lava-jato duas vezes, fez a proposta. Aceitou de boa vontade, tanto que viajou em companhia da esposa e da filha pequena, à época com 1 (um) mês de idade. Marcos disse

que só pagaria quando chegasse com os eletrônicos. Ele pagaria R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Quando foi abordado pelos Policiais, não recebeu voz de prisão. Perguntou-lhes se havia algum problema com os eletrônicos, eles nada responderam. Eles só perguntaram só queria que a esposa e filha prosseguissem na viagem ou se queria que elas ficassem por ali. Respondeu-lhes que sim, que poderiam prosseguir, pois como se tratava de produtos eletrônicos achou que “não daria nada”, que seria liberado e só haveria apreensão da mercadoria. Estava sentado na poltrona 41. Na bagagem não havia nada do interrogado. Era uma bagagem da mesma cor que despachara, mas não era a sua. Quando entrou no ônibus, a bagagem que deixou tinha o seu nome e a poltrona. Na bagagem apreendida só havia o número da poltrona, não tinha seu nome nem identificação alguma. Marcos era cliente do lava-jato. Ele sempre oferecia telefones, “tablets”. Ele disse que tinha loja no Oiapoque e que era muito corrido, perguntou se o interrogado poderia viajar. Nunca tinha sido preso, não sabia o que estava acontecendo. Não tem nada contra os Policiais. Saiu de Belo Horizonte (MG) e viajou de avião de Confins até o Aeroporto de Campinas (SP). Houve um problema na passagem, ficaram uns dois dias em Campinas (SP). Tiveram de ir de ônibus para Campo Grande (MS), de onde pegaram outro ônibus, que era o Expresso Queiroz. Houve todo esse itinerário antes da abordagem pela Polícia. A mala com as notas falsas não era do interrogado. Até hoje não sabe de nota falsa, esperava que fossem eletrônicos. Jamais levaria a esposa e a filha recém-nascida para transporte de algo diferente disso. Sempre trabalhou com lava-jato e som automotivo, estava empregado à época dos fatos (Id n. 137861958).

Analizados os autos, o caso é de dar provimento ao recurso da acusação para condenar o acusado por prática do crime de moeda falsa (CP, art. 289, § 1º), considerando os depoimentos dos Policiais Rodoviários colhidos na fase investigativa, o depoimento do Policial Fernando Garanhani em juízo e a confissão extrajudicial do réu.

Esses elementos informativos e o depoimento judicial da testemunha demonstram que o réu fora contratado por pessoa chamada Marcos para realizar o transporte das cédulas falsas até Belo Horizonte (MG), mediante pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). As cédulas foram recebidas no Paraguai, entregues por indivíduo estrangeiro, e restaram apreendidas em poder do acusado no curso de fiscalização de rotina realizada pela Polícia Rodoviária Federal.

Não convence, dado o teor das declarações extrajudiciais, a retratação do acusado no sentido de que a mala apreendida não era sua, embora contivesse etiqueta adesiva que a vinculava à poltrona ocupada pelo réu (n. 41), conforme informou a testemunha ouvida em Juízo e como o próprio réu admitiu.

Não medra a alegação de que haveria mero transporte de produtos eletrônicos, mesmo que em bagagem diversa. Como ressaltado pela acusação, não há nos autos qualquer indício de apreensão de produtos dessa natureza em poder do réu na data dos fatos, a infirmar a tese de que estaria a praticar somente delito de descaminho de mercadorias estrangeiras, circunstância que, por si só, já indica que o réu no mínimo assumira o risco de portar objeto ilícito em proveito próprio e de terceiro.

Tampouco há nos autos indicativos de que o réu tenha sofrido qualquer espécie de coação física ou moral por parte dos Policiais, a fim de confessar a autoria delitiva, não sendo crível que seu relato perante a Autoridade Policial resulte de indevida interferência dos Agentes Estatais.

Logo, há prova bastante de que o réu aceitou, de maneira livre e consciente (com dolo, portanto), a proposta para viajar a país estrangeiro a fim de importar cédulas falsas, as quais guardava no instante em que se deu a abordagem policial.

Portanto, comprovadas a materialidade e a autoria da conduta dolosa, a condenação do réu por cometimento da infração prevista no art. 289, § 1º, do Código Penal, é medida que se impõe.

Passo à dosimetria da pena.

Dosimetria. Na primeira fase do cálculo, observados os critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, verifica-se que o réu é primário e não possui registros criminais aptos a caracterizar os maus antecedentes (Id n. 137861673, pp. 19/24; Id n. 137861679, pp. 32/41). A culpabilidade é normal à espécie de crime. Não há dados a respeito da personalidade do acusado e, no que diz respeito à conduta social, há depoimento abonatório em seu favor. As consequências não foram excepcionais, nem o foram os motivos do crime. O comportamento da vítima não é circunstância a influenciar a dosimetria neste caso. Quanto às circunstâncias do crime, são mais graves haja vista a expressiva quantidade de cédulas falsas apreendidas em poder do réu – 2.224 (duas mil, duzentas e vinte e quatro), o que justifica a exasperação da pena-base. Logo, reconhecida uma circunstância negativa, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes a reconhecer e incidem as atenuantes de pena pela confissão extrajudicial e a idade do acusado (nascido em 17.02.99) à época dos fatos (CP, art. 65, I, e III, *d*). Caberia, por conta disso, reduzir a pena ao menos em 1/6 (um sexto). No entanto, considerando a vedação de diminuição da pena abaixo do mínimo legal nos termos da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, reduzo a pena intermediária ao mínimo legal, 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, não incidem causas de diminuição ou de aumento, de modo que a pena definitiva resta fixada em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal, 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando que o réu declarou renda variável entre 2 (dois) ou 3 (três) salários mínimos com sua atividade profissional.

Fixo o regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, considerando a quantidade de pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais subjetivas que recomendem a fixação de regime prisional mais grave.

Anoto que a detração do tempo de prisão provisória (CPP, art. 387, § 2º) não rende ensejo à fixação de regime prisional diverso, considerando já ter sido estabelecido o regime mais brando.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal para condenar Bruno Henrique Xavier de Oliveira às penas de 3 (três) anos de reclusão, regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, por prática do crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos em favor de entidade beneficente (CP, art.

43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu.

Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral, para os fins previstos no art. 15, III, da Constituição da República.

Condeno o réu em custas (CPP, art. 805).

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados (CR, art. 5º, LVII).

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0000776-75.2018.4.03.6005

Apelante: CLAUDIO PEREIRA DE JESUS (réu preso)

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/10/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 33 C. C. O ART. 40, INCISO I, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 244-B DO ECA. AUTORIA, MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CRIME FORMAL. DOSIMETRIA DA PENA DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CULPABILIDADE EXACERBADA. VALORAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO ENTORPECENTE (QUALIDADE E QUANTIDADE). MAUS ANTECEDENTES AFASTADOS. REDUÇÃO DA PENA-BASE SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA DO ART. 244-B DO ECA. CULPABILIDADE EXACERBADA. RELAÇÕES FAMILIARES ESTREITAS. DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL DE PROTEÇÃO FAMILIAR AO ADOLESCENTE. AUMENTO DA PENA-BASE. REINCIDÊNCIA PRESENTE. NÃO COMINAÇÃO DE PENA DE MULTA NO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DELITOS AFASTADO. APLICAÇÃO DE OFÍCIO DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO DE CRIMES. DETRAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. APELAÇÃO DEFENSIVA DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA.

- Não houve impugnação quanto à autoria e materialidade do delito tráfico ilícito de entorpecentes, pelo que incontroversas. Não se verifica tampouco a existência de qualquer ilegalidade a ser corrigida de ofício por este Tribunal. De rigor, portanto, a manutenção da condenação do acusado, aliás, como não poderia deixar de ocorrer ante o enorme arcabouço fático-probatório constante destes autos em seu desfavor, fundamentado de maneira irretocável pela sentença *a quo*.

- O envolvimento do adolescente D.B. no delito de tráfico internacional de drogas e a ciência de Cláudio acerca de sua menoridade restaram exaustivamente comprovados pelo conjunto probatório carreado nos presentes autos.

- Como bem ressaltou a sentença *a quo*, além da materialidade, a autoria e o dolo restaram, também, demonstrados, uma vez que CLAUDIO levou o menor D.B. (sendo este filho de sua namorada) para praticar o tráfico transnacional de drogas de forma conjunta, inclusive tendo trocado mensagens com o número paraguaio (595985329634) em 02/05/2018 e 03/05/2018 sobre o fato de levar um “menor” para fazer a travessia, ou seja, para cruzar a fronteira do Brasil com o Paraguai. As fotos constantes no celular de CLAUDIO, demonstram a relação amorosa entre o réu e a mãe do menor (Aquilla

Gisele Boba, vide depoimento e foto da CNH fls. 52/53). Além disso, há fotos do menor com o réu e sua mãe, foto do menor com uma arma (tirada no dia 02/05/2018 - provavelmente quando estavam no Paraguai) e uma foto de um aplicativo de um mapa, restando inequívoco que o réu tinha ciência acerca da condição de menor de D.B..

- Ressalte-se, ainda, que para a caracterização do crime de corrupção de menores, por se tratar de crime formal, independe da efetiva realização do resultado, ou seja, da demonstração da efetiva corrupção do menor. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 500, do STJ: “A configuração do crime do artigo 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”.

- Dosimetria da pena. Tráfico ilícito de entorpecentes. Primeira fase. De fato, há que ser afastado o reconhecimento dos maus antecedentes do acusado. Os documentos apontados pelo r. juízo sentenciante como demonstrativos de que o acusado ostenta maus antecedentes, em realidade, apenas demonstram a existência de ações penais em desfavor do acusado, ao que consta, com status “Suspenso”. A ação penal existente na 1ª Vara Criminal de Balneário Camboriú foi suspensa em 03/07/2018, não havendo notícia de que tenha havido o trânsito em julgado de tal ação. E, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, calcada no princípio da presunção de inocência, é vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para caracterizar qualquer das circunstâncias judiciais aptas a agravar a pena-base.

- Por outro lado, a culpabilidade do acusado foi devidamente valorada negativamente, uma vez que restou cristalino, a partir da análise do conteúdo de seu celular, que o réu participou de diversas etapas do *iter criminis*, planejando de maneira minuciosa a atuação delituosa, com profissionalismo incomum, negociando a quantidade de droga, qual seria a melhor forma de travessia da fronteira e cooptando um menor de idade para assegurar o sucesso da empreitada criminosa e sua não responsabilização criminal. Inclusive, é possível verificar-se fotos encontradas no celular de CLAUDIO de armamentos, inclusive na mão do adolescente cooptado, tudo a evidenciar uma culpabilidade mais acentuada, que desbordam da atuação usual e diferenciando-se cabalmente do transportador pontual de entorpecentes contratado como “mula” para a realização de um serviço em específico.

No caso de recurso exclusivo da defesa, quando há a exclusão de circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria, sem que, em razão dos mesmos fatos desabonadores seja considerada desfavorável alguma outra prevista no art. 59 do Código Penal, deve haver a redução da pena-base do apenado.

Na hipótese dos autos, foi excluída a circunstância desfavorável relativa aos maus antecedentes, sem que, em razão dos mesmos fatos, tenha sido valorada negativamente qualquer outra circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. Neste caso, portanto, a pena-base deve necessariamente ser reduzida, sob pena de se incidir em *reformatio in pejus*. Pena-base reduzida para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

- Segunda fase. De fato, verifica-se presente a agravante de reincidência, já que existente condenação criminal definitiva na ação penal de autos 109333200782426, da 2º Vara de Guaramirim, pelo delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, cujo trânsito em julgado deu-se em 05.08.2008. A extinção da pena ali imposta de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão dar-se-ia em 31.01.2017, portanto, no momento do cometimento do presente delito (03.05.2018), ainda não havia transcrito o lapso temporal de 05 (cinco) anos, caracterizando a reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal.

- A confissão do acusado contribuiu, de forma satisfatória, ao deslinde da instrução processual e de sua própria condenação, devendo ser, assim, devidamente valorada na aplicação desta atenuante. Ressalte-se o teor da súmula nº. 545 do STJ no sentido de que *quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP*. Tal aplicação deve ocorrer, inclusive, quando a confissão do acusado seja parcial ou qualificada, como é o caso dos presentes autos. Precedentes.

- Muito se discutiu a respeito da preponderância ou não da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, mas tal discussão restou superada em razão do julgamento, em sede de recurso repetitivo, do EREsp nº 1.341.370/MT em 10/04/2013, pela Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância, sendo possível a compensação das duas circunstâncias.

- Terceira fase. Ainda que não haja recurso defensivo quanto a este ponto, como bem ressaltou a sentença *a quo*, o conjunto probatório desvela a transnacionalidade do tráfico, tendo em vista que o acusado foi preso bem próximo à fronteira do Brasil com o Paraguai (cidade de Paranhos e Ypêjhu). Ademais, das conversas extraídas pelo Ministério Público Federal às fls. 420/429 acerca das tratativas de drogas existem conversas com números paraguaios, tudo a demonstrar a transnacionalidade do delito, o que eleva a pena para 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

- Com relação à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, esta deve ser afastada de plano uma vez que se trata de acusado reincidente em crime doloso, inclusive, condenado definitivamente por delito da mesma natureza (tráfico ilícito de entorpecentes).

- Dosimetria da pena do delito de corrupção de menores. O fato de ter o acusado abusado das relações familiares estreitas que mantinha com o menor e, por conseguinte, abusado de sua maior capacidade de influenciar nas decisões do adolescente, em nítido desrespeito a um dever legal de proteção familiar previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a corromper o menor e incitar o cometimento do delito de tráfico internacional de drogas, é circunstância apta a permitir a exasperação da pena-base em sua justa medida.

- Mantida, assim, tão somente a agravante da reincidência, e considerando-se que o r. juízo sentenciante procedeu o aumento em 1/12 (um doze avos), o que deve ser mantido em seus exatos termos em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, a pena intermediária resta fixada em 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 18 (dezoito dias) dias de reclusão.

- Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, consolidando-se a pena em 01 (um) ano, 02 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão.

- Apesar de a sentença *a quo* ter fixado pena de multa, verifico, da leitura do tipo penal previsto no art. 244-B do ECA, não haver a cominação legal da pena de multa, razão pela qual deve esta ser excluída.

Aplicada, de ofício, a regra do concurso formal próprio de crimes (art. 70, primeira parte, CP), em razão da ausência de desígnios autônomos na conduta do réu, motivo pelo qual foi majorada a pena do delito de tráfico (06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão) em 1/6 (sexto), e fixada a pena definitiva em 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão.

- Mantido o regime inicial fechado, por se tratar de réu reincidente.
- Apelação defensiva parcialmente provida. De ofício, aplicado o concurso formal próprio.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação defensiva de CLAUDIO PEREIRA DE JESUS para excluir a pena de multa referente ao delito do art. 244-B do ECA, afastar a consideração dos maus antecedentes com relação aos dois delitos a que foi condenado (tráfico transnacional de drogas e corrupção de menores) e reconhecer a atenuante da confissão espontânea no que tange ao delito de tráfico, nos termos do voto do Des. Fed. Relator; Prosseguindo a Turma, por maioria, decidiu reduzir a pena-base de ambos os crimes e, de ofício, aplicar o concurso formal próprio de crimes, fixando a pena definitiva do acusado em 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, nos termos do voto divergente do Des. Fed. José Lunardelli, com quem votou o Des. Fed. Paulo Fontes, vencido o Des. Fed. Relator que não aplicava o concurso formal próprio e fixava a pena definitiva em 08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

São Paulo, 10 de setembro de 2020.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo réu CLAUDIO PEREIRA DE JESUS (nascido em 03.12.1977) contra a sentença proferida pela Exma. Juíza Federal Caroline Scofield Amaral (1ª Vara Federal da 5ª Subseção Judiciária- Ponta Porã - MS) (fls. 434/442) que, julgando PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia, CONDENOU o acusado à pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão, além de 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa pelo crime descrito no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006; à pena privativa de liberdade de 1 ano, 04 (quatro) meses e 07 (sete) dias de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa pelo crime previsto no art. 244-B da Lei 8.069/1990. Considerado o concurso material de crimes, nos termos do art. 69 do Código Penal, a pena total do acusado restou fixada em 08 (oito) anos, 11 (onze) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial FECHADO, além de 771 (setecentos e setenta e um) dias-multa, cada qual fixado no mínimo legal de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Consta da denúncia (fls. 217/222) que:

Fato 1. No dia 03 de maio de 2018, por volta das 05:30h, em via pública no município de Paranhos/MS, CLAUDIO PEREIRA DE JESUS dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, importou, transportou e trouxe consigo, sem autorização legal ou regulamentar, 31kg (trinta e um quilos) da substância conhecida como maconha, cuja origem aponta a transnacionalidade do delito.

Fato 2. Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima descritas, CLAUDIO PEREIRA DE JESUS corrompeu o menor de 18 (dezoito) anos D.B., com ele praticando infração penal de tráfico transnacional de drogas.

Na referida data, por volta das 05:30h, em via pública no município de Paranhos/MS, os policiais militares abordaram o veículo Ford Fiesta, placas JPK-2986, que era conduzido pelo denunciado e tinha como passageiro o adolescente D.B.

Em entrevista, o denunciado e o adolescente mostraram-se nervosos e deram respostas contraditórias, bem como os policiais perceberam odor característico de maconha vindo do veículo. Diante disso, os policiais solicitaram que o denunciado se deslocasse até o Destacamento da Polícia Militar. Em revista no interior do veículos os policiais encontraram, embaixo do carpete do banco traseiro, 41 (quarenta e um) tabletes da substância análoga a maconha cujo peso totalizou 31kg (trinta e um quilos).

Em entrevista informal, o denunciado declarou que não tinha conhecimento acerca da droga. Por sua vez, o adolescente assumiu a propriedade da droga e disse que a adquiriu em troca de um veículo que trouxe dia antes.

Em interrogatório, o adolescente D.B. declarou que pegou a droga na cidade de Ypejhu/PY e acondicionou no interior do veículo com ajuda de conhecimento sem que o denunciado soubesse. No entanto, quando perguntado, D.B. declarou que o denunciado ‘desconfiou na volta, aí quando a polícia parou ele já confirmou onde a droga estava, para que evitasse dos policiais terem que desmontar o carro’.

A substância vegetal apreendida foi pesada - totalizando 31kg - e submetida a exame preliminar de constatação, o qual confirmou tratar-se de maconha (fl. 28).

Desse modo, a materialidade delitiva e a respectiva autoria estão suficientemente demonstradas pelo (a) auto de prisão em flagrante (fls. 02/07); b) auto de apreensão (fls. 26/27); c) laudo preliminar de constatação (fl. 28); d) boletim de ocorrência policial (fl. 39/40); e) interrogatório do denunciado (fls. 08/09); f) interrogatório de D.B. (fls. 16/17); sem prejuízo dos demais elementos informativos a serem carreados aos autos.

Diante disso, o Ministério Público Federal denunciou CLAUDIO PEREIRA DE JESUS como incurso nas penas dos artigos 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 e 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/1990, na forma do art. 69 do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 30.07.2018 (fls. 225/227).

Processado regularmente o feito, sobreveio a sentença, cuja baixa em Secretaria deu-se em 30.09.2019 (fl. 443).

Apelo da Defesa do réu CLAUDIO (fls. 474/478) pleiteia a reforma da sentença *a quo* para: 1) redução da pena-base ao mínimo legal; 2) a aplicação da atenuante genérica da confissão espontânea; 3) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas; 4) a absolvição quanto ao delito de corrupção de menores.

Contrarrazões do Ministério Público Federal pede que a Apelação defensiva seja parcialmente provida para o exclusivo fim de reconhecer-se a atenuante da confissão espontânea (fls. 487/490).

Igualmente, em seu parecer, a Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento parcial da Apelação defensiva, a fim de que a atenuante da confissão espontânea seja reconhecida, mantendo-se, no mais, a sentença *a quo*.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO**O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:****DA IMPUTAÇÃO**

Consta da denúncia (fls. 217/222) que:

Fato 1. No dia 03 de maio de 2018, por volta das 05:30h, em via pública no município de Paranhos/MS, CLAUDIO PEREIRA DE JESUS dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, importou, transportou e trouxe consigo, sem autorização legal ou regulamentar, 31kg (trinta e um quilos) da substância conhecida como maconha, cuja origem aponta a transnacionalidade do delito.

Fato 2. Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima descritas, CLAUDIO PEREIRA DE JESUS corrompeu o menor de 18 (dezoito) anos D.B., com ele praticando infração penal de tráfico transnacional de drogas.

Na referida data, por volta das 05:30h, em via pública no município de Paranhos/MS, os policiais militares abordaram o veículo Ford Fiesta, placas JPK-2986, que era conduzido pelo denunciado e tinha como passageiro o adolescente D.B.

Em entrevista, o denunciado e o adolescente mostraram-se nervosos e deram respostas contraditórias, bem como os policiais perceberam odor característico de maconha vindo do veículo. Diante disso, os policiais solicitaram que o denunciado se deslocasse até o Destacamento da Polícia Militar. Em revista no interior do veículos os policiais encontraram, embaixo do carpete do banco traseiro, 41 (quarenta e um) tablets da substância análoga a maconha cujo peso totalizou 31kg (trinta e um quilos).

Em entrevista informal, o denunciado declarou que não tinha conhecimento acerca da droga. Por sua vez, o adolescente assumiu a propriedade da droga e disse que a adquiriu em troca de um veículo que trouxe dia antes.

Em interrogatório, o adolescente D.B. declarou que pegou a droga na cidade de Ypejhu/PY e acondicionou no interior do veículo com ajuda de conhecimento sem que o denunciado soubesse. No entanto, quando perguntado, D.B. declarou que o denunciado 'desconfiou na volta, aí quando a polícia parou ele já confirmou onde a droga estava, para que evitasse dos policiais terem que desmontar o carro'.

A substância vegetal apreendida foi pesada - totalizando 31kg - e submetida a exame preliminar de constatação, o qual confirmou tratar-se de maconha (fl. 28).

Desse modo, a materialidade delitiva e a respectiva autoria estão suficientemente demonstradas pelo (a) auto de prisão em flagrante (fls. 02/07); b) auto de apreensão (fls. 26/27); c) laudo preliminar de constatação (fl. 28); d) boletim de ocorrência policial (fl. 39/40); e) interrogatório do denunciado (fls. 08/09); f) interrogatório de D.B. (fls. 16/17); sem prejuízo dos demais elementos informativos a serem carreados aos autos.

Diante disso, o Ministério Público Federal denunciou CLAUDIO PEREIRA DE JESUS como incurso nas penas dos artigos 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 e 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/1990, na forma do art. 69 do Código Penal.

DA MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS DE TRÁFICO (ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INCISO I, AMBOS DA LEI 11.343/2006)

Ressalte-se que não houve impugnação quanto à autoria e materialidade do delito tráfico ilícito de entorpecentes, pelo que incontroversas. Não se verifica tampouco a existência de qualquer ilegalidade a ser corrigida de ofício por este Tribunal. De rigor, portanto, a manutenção da condenação do acusado, aliás, como não poderia deixar de ocorrer ante o enorme

arcabouço fático-probatório constante destes autos em seu desfavor, fundamentado de maneira irretocável pela sentença *a quo*, que ora transcrevo:

A materialidade do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, está cabalmente comprovada pelo Laudo Preliminar (fl. 28), Laudo de Exame Toxicológico n. 71928 (fls. 253/256), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 26/27), os quais concluíram, definitivamente, ser o material submetido a exame Cannabis Sativa Linneu, substância entorpecente relacionada na Lista de Substâncias Entorpecentes (Lista F1) de uso proscrito no Brasil e causadora de dependência física ou psíquica.

Ademais, a espécie da substância apreendida com os denunciados: MACONHA; a quantidade total encontrada: 31 quilos permitem concluir tratar-se de tráfico e não de mero porte para uso pessoal, restando plenamente configurado o enquadramento dos fatos no delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

A autoria do crime imputado ao denunciado igualmente está comprovada nos autos.

A testemunha, Ângelo de Souza Nascimento, narrou em juízo que no dia dos fatos, se deslocou até a entrada da cidade para realizar o patrulhamento de rotina, momento em que abordaram o veículo conduzido pelo acusado e tendo um adolescente como passageiro. Diante do nervosismo de ambos, foi solicitado para que descessem do carro e, nessa circunstância, sentiu um forte odor de maconha. Ao serem indagados, informaram que havia usado entorpecente no Paraguai. Em vistoria, foi encontrado tabletes de maconha embaixo dos tapetes dos veículos. Foi dada voz de prisão. O acusado, primeiramente, disse que desconhecia sobre o entorpecente, informando apenas que tinha ido buscar o enteado dele, D.B., no Paraguai. O menor de idade disse que tinha trazido um carro para o Paraguai e trocado pela droga, não sendo a primeira vez que fez isso. No entanto, posteriormente, ambos disseram que eram proprietários da droga e que a levaria para a cidade de Joinville. Informaram que pegaram a droga no Paraguai. O acusado, Claudio, era quem dirigia o veículo.

A testemunha Manoel Gomes Filho narrou em juízo que no dia dos fatos estava fazendo patrulhamento na saída da cidade, quando abordaram o veículo do acusado. Ao serem indagados, o conduto e o menor de idade, D.B., disseram que eram de Santa Catarina. O acusado informou que tinha ido até a cidade para buscar seu enteado, D.B.. Disseram que não estavam transportando nenhum ilícito, porém, diante do nervosismo, foi realizada vistoria no veículo, no qual se constatou tabletes de maconha embaixo do tapete e do banco traseiro. Posteriormente, D.B. assumiu a propriedade da droga, acrescentando que trocou por um carro no Paraguai e a levaria para Santa Catarina.

No interrogatório, o acusado Claudio Pereira de Jesus, narrou que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Informou que foi contratado para transportar a maconha, devendo pegar o veículo em Paranhos/MS e conduzi-lo até a cidade de Jaguará do Sul/C. Foi contratado na cidade de Guaramirim/SC e receberia o valor de cinco mil reais. Informou que o contratante ordenou que D.B. o acompanhasse no carregamento. Não conhecia D.B., tendo o conhecido apenas no momento da contratação e quanto a sua menoridade, soube somente no momento do flagrante. D.B. sabia que estavam transportando drogas. Esclareceu que nunca foi namorado da mãe do D.B., sendo esta, garota de programa. Relatou que faltou com a verdade no interrogatório em sede policial ao afirmar que namorada a mãe de D.B.. Conheceu-se pessoalmente. Um rapaz lhe disse que estava precisando de alguém para fazer esse tipo de trabalho e se interessou, por estar precisando de dinheiro. O contratante, que se apresentou como Fernando, ordenou o acusado ir conversar com a mãe de D.B. para que essa lhe entregasse o carro que seria realizado o carregamento. Não tem conhecimento se a mãe do D.B. sabia que iam transportar entorpecente. De igual forma não tem conhecimento se D.B. já tinha ido para Paranhos anteriormente, Informou que nunca esteve em Paranhos antes. À defesa, respondeu que trabalhava com produção de gesso há quatro anos.

Diante desse quadro probatório, não há controvérsia alguma nos autos quanto ao elemento

objetivo do tipo, restando comprovado ser o acusado autor dos fatos descritos na denúncia. Nesse cenário, comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, cumpre examinar o elemento subjetivo da acusada quando da prática delituosa.

Diante do quadro probatório produzido nesta ação penal, não há dúvida sobre a intenção deliberada, livre e consciente, do acusado em praticar o crime de tráfico internacional de drogas, mesmo que a título de dolo eventual. Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal).

Dessa forma, o conjunto probatório carreado aos autos autoriza a conclusão segura de que CLAUDIO praticou conscientemente o tráfico ilícito de entorpecentes tal como descrito na denúncia, sem quaisquer excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Conforme acervo probatório e das informações extraídas pela perícia de informática, no celular do denunciado se verifica o dolo direto para praticar o delito de tráfico transnacional de entorpecentes: em 25.04.2018 (véspera do flagrante) o réu trocou seu número de celular para um número do estado do MS (fl. 140), fls. 142 em conversa do réu com Lucas Genro conversam sobre os quilos de droga que arrumaria para ele, há ainda conversas entre o réu e um número paraguaio (595985329634) de 02/05/2018 perguntando quando o réu viria, que era para pegar ali no “km7”, “da mesma forma daí”, conversam ainda sobre o risco de atravessar (fronteira) e era uma boa ideia trazer um menor, outra mensagem no dia 03/05/2018 o réu informa que estava indo com um menor.

DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DO ECA)

A Apelação defensiva pleiteou a absolvição do acusado CLAUDIO PEREIRA DE JESUS quanto ao delito do art. 244-B do ECA.

Não assiste razão.

O envolvimento do adolescente D.B. no delito de tráfico internacional de drogas e a ciência de Cláudio acerca de sua menoridade restaram exaustivamente comprovados pelo conjunto probatório carreado nos presentes autos.

Como bem ressaltou a sentença *a quo* (fl. 438), além da materialidade, a autoria e o dolo restaram, também, demonstrados, uma vez que CLAUDIO levou o menor D.B. (sendo este filho de sua namorada) para praticar o tráfico transnacional de drogas de forma conjunta, inclusive tendo trocado mensagens com o número paraguaio (595985329634) em 02/05/2018 e 03/05/2018 sobre o fato de levar um “menor” para fazer a travessia, ou seja, para cruzar a fronteira do Brasil com o Paraguai. As fotos constantes no celular de CLAUDIO demonstram a relação amorosa entre o réu e a mãe do menor (Aquilla Gisele Boba, vide depoimento e foto da CNH fls. 52/53). Além disso, há foto do menor com o réu e sua mãe, foto do menor com uma arma (tirada no dia 02/05/2018 - provavelmente quando estavam no Paraguai) e uma foto de um aplicativo de um mapa, comprovando-se a ciência inequívoca de que o réu sabia da condição de menor de D.B. e que ambos praticaram o narcotráfico.

Ressalte-se, ainda, que para a caracterização do crime de corrupção de menores, por se tratar de crime formal, independe da efetiva realização do resultado, ou seja, da demonstração da efetiva corrupção do menor.

Nesse sentido dispõe a Súmula nº 500, do STJ: “A configuração do crime do artigo 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”.

Dessa forma, fica caracterizado tal delito apenas com a comprovação da menoridade do agente, o que restou demonstrado nos autos (fl. 20- Certidão de nascimento de D.B. - Data de nascimento: 25.04.2001 - Data dos fatos: 03.05.2018 - 17 anos na data dos fatos).

Nesse sentido, colaciono os seguintes arestos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (CP, ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL, NÃO SE EXIGINDO, PARA SUA CONFIGURAÇÃO, AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE CORROMPIDO DO JOVEM. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. O crime de corrupção de menores é formal, bastando, para sua configuração, que o agente imputável pratique com o adolescente a infração penal ou o induza a praticá-la. Precedentes: RHC 107760, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 24/8/2011; RHC 103354/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 9/8/2011; HC 92.014/SP, Rel. originário Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe de 21/11/2008 e HC 97.197/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04/12/2009.

2. A configuração do crime de corrupção de menores prescinde de prévia condição de corrompido do jovem, uma vez que o anseio social é a sua recuperação.

3. *In casu*, o recorrente foi denunciado pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes (CP, art. 157, § 2º, II), bem como pelo crime de corrupção de menores (art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente), por ter induzido o adolescente à prática do delito em comento.

4. A *mens legis* da norma insculpida no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é a integridade moral do jovem e a preservação dos padrões éticos da sociedade. O argumento simplista de que o crime não se consuma caso o jovem já tenha sido corrompido, por ter praticado algum ato delituoso, não pode prosperar, sob pena de desvirtuamento dos principais objetivos da norma, que são a recuperação e a reinserção do adolescente na sociedade.

5. Recurso desprovido.

(STF; RHC 108442; Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, 3.4.2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DELITO PRATICADO EM COMPANHIA DE ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENOR. SÚMULA 500/STJ.

Segundo a jurisprudência deste STJ, o delito inserto no art. 244-B da Lei n. 8.096-90 é formal, sendo prescindível qualquer prova da efetiva corrupção do menor. Recurso representativo da controvérsia REsp 1127954/DF. Agravo regimental desprovido.

(STJ; AGRESP 201700771534; 5ª Turma; Relator: Ministro Felix Fischer; DJE DATA:28/02/2018)

Deve ser mantida, portanto, a condenação de CLAUDIO PEREIRA DE JESUS também no delito de corrupção de menores.

DOSIMETRIA DAS PENAS

Deve o magistrado, ao calcular a reprimenda a ser imposta ao réu, respeitar os ditames insculpidos no art. 68 do Código Penal, partindo da pena-base a ser aferida com supedâneo no art. 59 do mesmo Diploma, para, em seguida, incidir na espécie as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena.

Do delito de tráfico de drogas

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juízo *a quo* exasperou a pena-base do réu por considerar desfavoráveis as circunstâncias do crime (quantidade de entorpecente), bem como os maus antecedentes e a culpabilidade do acusado pelo fato de perceber-se “da análise do conteúdo de seu celular, que o réu procedeu a negociação do entorpecente, se deslocou até a

fronteira, inclusive utilizando-se um menor (seu próprio enteado)”. Assim, fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão.

A defesa do réu pleiteou a redução da pena-base a ser fixada no mínimo legal.

De fato, há que ser afastado o reconhecimento dos maus antecedentes do acusado.

Os documentos acostados às fls. 246/247 e 223/224, apontados pelo r. juízo sentenciante como demonstrativos de que o acusado ostenta maus antecedentes, em realidade, apenas demonstram a existência de ações penais em desfavor do acusado, ao que consta, com status “Suspense”. A ação penal existente na 1ª Vara Criminal de Balneário Camboriú foi suspensa em 03/07/2018, não havendo notícia de que tenha havido o trânsito em julgado de tal ação. E, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, calcada no princípio da presunção de inocência, é vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para caracterizar qualquer das circunstâncias judiciais aptas a agravar a pena-base.

Com relação à ação penal nº 109333200782426, da 2ª Vara de Guaramirim, pelo delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, de fato, houve a condenação transitada em julgado, conforme é possível extrair-se do documento acostado à fl. 248. Porém, tal condenação foi utilizada pelo r. juízo sentenciante para fins de caracterização da reincidência, o que será mantido nos termos a serem posteriormente explanados, impedindo, assim, sua consideração como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

Por outro lado, a culpabilidade do acusado foi devidamente valorada negativamente, uma vez que restou cristalino, a partir da análise do conteúdo de seu celular, que o réu participou de diversas etapas do *iter criminis*, planejando de maneira minuciosa a atuação delituosa, com profissionalismo incomum, negociando a quantidade de droga, qual seria a melhor forma de travessia da fronteira e cooptando um menor de idade para assegurar o sucesso da empreitada criminosa e sua não responsabilização criminal. Inclusive, à fl. 43, é possível verificar-se fotos, encontradas no celular de CLAUDIO, de armamentos, inclusive na mão do adolescente cooptado, tudo a evidenciar uma culpabilidade mais acentuada, que desborda da atuação usual e diferenciando-se cabalmente do transportador pontual de entorpecentes contratado como “mula” para a realização de um serviço em específico.

A natureza e a quantidade total da substância ou do produto, nos termos do art. 42 da Lei Federal nº 11.343/2006, também devem ser consideradas para exasperação da pena-base. Nesse sentido colaciono julgado do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. tráfico transnacional de drogas. Artigo 33, *caput*; c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/ 2006. Pena-base. majoração . Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga. Admissibilidade. Vetores a serem considerados na dosimetria, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Pretendida aplicação do art. 33, § 4º, da Lei de drogas. Impossibilidade de utilização do *habeas corpus* para revolver o contexto fático-probatório e glosar os elementos de prova em que se amparou a instância ordinária para afastar essa causa de diminuição de pena. Precedentes. Regime inicial fechado. Imposição, na sentença, com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Manutenção do regime prisional mais gravoso pelo Tribunal Regional Federal, em recurso exclusivo da defesa, com base nas circunstâncias do crime. Utilização de fundamentos inovadores. *Reformatio in pejus* caracterizada. Ratificação desse entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, com outros fundamentos. Inadmissibilidade. Precedentes. Ilegalidade flagrante. Ordem parcialmente concedida, para determinar ao juízo das execuções criminais que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei nº 11.343/06, o regime inicial condizente de cumprimento da pena.

A natureza e a quantidade de droga apreendida justificam, nos termos do art. 4º da Lei nº 11.343/06, a majoração da pena-base, ainda que as demais circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao agente. Precedentes.

(...)

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para determinar ao juízo das execuções criminais competente que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 4º da Lei de drogas e do art. 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial condizente para o cumprimento da pena. (STF - HC 125781 / SP - Relator: Min. DIAS TOFFOLI - Segunda Turma - Dje 27-04-2015).

Ressalte-se, ainda, que o indivíduo que aceita transportar substância entorpecente de um país para outro, tendo-a recebido de um terceiro, assume o risco de transportar qualquer quantidade e em qualquer grau de pureza, motivo pelo qual tais circunstâncias também devem ser consideradas para majoração da pena-base.

Ainda que se desconsiderem os maus antecedentes, ao analisar-se exclusivamente a quantidade da droga apreendida no caso concreto *31kg de maconha*, verifico que o *quantum* da exasperação da pena-base procedido mostrou-se, inclusive, abaixo dos patamares usualmente utilizados por esta E. Turma Julgadora em casos semelhantes. Assim, considerando-se que não houve recurso ministerial quanto a este ponto, a pena-base deve ser mantida em seus exatos termos.

É importante ressaltar que tal conduta de manutenção da pena em seus exatos patamares, apesar do afastamento dos maus antecedentes, não se trata de *reformatio in pejus*, já que a proibição da *reformatio in pejus* não implica necessariamente na manutenção de todas as considerações utilizadas pelo r. juízo sentenciante, desde que a situação final do acusado não seja agravada quando existente recurso exclusivo da defesa.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça em precedente no qual autoriza, inclusive, que, diante do efeito devolutivo amplo da Apelação, instada a rever a individualização da pena, a Corte revalore negativamente novas circunstâncias, desde que a situação final do réu não seja agravada. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REVALORAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. PENA-BASE MANTIDA. AUSÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR DA RES FURTIVA. ACRÉSCIMO FUNDAMENTADO. INOVAÇÃO RECURSAL. VEDAÇÃO. *WRIT* DO QUAL NÃO SE CONHECEU. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte de origem, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e a rever a individualização da pena, seja para manter ou para reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

2. Na hipótese, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta na primeira fase foi mantida.

3. A respeito da avaliação negativa das consequências do delito, de acordo com os precedentes desta Corte Superior, o valor do prejuízo nos crimes patrimoniais somente pode ser considerado para elevar a pena-base quando a lesão se revele exacerbada, transcendendo as consequências normais descritas para o tipo penal violado.

4. No caso concreto, do fundamento indicado em primeira instância, ou seja, de que “a estimativa do prejuízo é superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” (e-STJ fl. 167), e considerando

que “as vítimas não recuperaram os seus bens” (e-STJ fl. 242), denota-se a excepcionalidade do valor da res furtiva, justificando-se a avaliação negativa das consequências do crime.

5. É inviável a análise de pretensão não veiculada no *habeas corpus* impetrado nesta Corte, e por tal razão não analisada no *decisum* singular, mas somente trazida à discussão em agravo regimental, por tratar-se de inovação recursal.

6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do *habeas corpus*, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 529.483/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020, DJe 20/04/2020)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ART. 213 DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA BASILAR. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A questão acerca do afastamento dos maus antecedentes não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento.

Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

2. No presente caso, o magistrado considerou desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e as consequências do crime. A Corte de origem, por sua vez, apesar de excluir a culpabilidade, a personalidade e as consequências do crime e acrescentar como desfavorável as circunstâncias do crime, manteve inalterada a pena-base. Nesse ponto, inexistente a ocorrência de *reformatio in pejus*, porquanto o amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal estadual, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e das circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1632311/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020, DJe 16/04/2020)

Assim, apesar de afastado o reconhecimento dos maus antecedentes do acusado, com a consideração da culpabilidade negativa e a quantidade de entorpecente apreendida, mantida a pena-base do acusado no patamar estabelecido pelo r. juízo sentenciante, qual seja, *06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa*.

Segunda fase da dosimetria

Na segunda fase, o r. juízo sentenciante reconheceu a agravante da reincidência (art. 63 do Código Penal) e optou por não aplicar a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, d, CP). A Apelação defensiva pleiteou o reconhecimento da mencionada minorante.

De fato, verifica-se presente a agravante de reincidência, já que existente condenação criminal definitiva na ação penal de autos 109333200782426, da 2º Vara de Guaramirim, pelo delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, cujo trânsito em julgado deu-se em 05.08.2008. A extinção da pena ali imposta de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão dar-se-ia em 31.01.2017, portanto, no momento do cometimento do presente delito (03.05.2018), ainda não havia transcrito o lapso temporal de 05 (cinco) anos, caracterizando a reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal.

Por sua vez, é o caso de se reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

No caso concreto em análise, apesar de inicialmente ter tentado se esquivar de sua responsabilidade penal com a culpabilização tão somente do adolescente que com ele estava no momento do cometimento do delito, é certo que, em seu interrogatório judicial, CLAUDIO PEREIRA confessou a empreitada criminosa para o tráfico ilícito de entorpecentes, sua ciência e participação no transporte da droga.

Dessa forma, a confissão do acusado contribuiu, de forma satisfatória, ao deslinde da instrução processual e de sua própria condenação, devendo ser, assim, devidamente valorada na aplicação desta atenuante.

Ressalte-se o teor da súmula nº. 545 do STJ no sentido de que *quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP*.

Tal aplicação deve ocorrer, inclusive, quando a confissão do acusado seja parcial ou qualificada, como é o caso dos presentes autos. A esse respeito, veja-se, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 545. *WRIT* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. Precedentes.
2. Evidenciado o esgotamento das instâncias ordinárias, tendo sido interposto recurso especial ainda pendente de apreciação por este Tribunal, não se vislumbra hipótese de concessão da ordem para suspender a execução provisória da pena. Ainda, mostra-se desnecessário perquirir sobre a existência de fundamentação cautelar, pois, nos termos do já exposto, não se trata de decretação da custódia preventiva do réu, mas de determinação do início do cumprimento da sanção corporal a ele imposta, ainda que o decreto condenatório não tenha transitado em julgado. Nesse passo, o *writ* deve ser conhecido quanto ao ponto e, nessa extensão, denegado.
3. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
4. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. Na hipótese dos autos, malgrado o *writ* não possa ser conhecido quanto ao tema, resta evidenciada a existência manifesta ilegalidade na dosimetria da pena a justificar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.
5. Nos termos do entendimento consolidado na Súmula/STJ 545, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

6. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova individualização da pena, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão espontânea na segunda etapa da dosimetria, ficando mantido, no mais, o teor do acórdão.

(HC 362.375/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Muito se discutiu a respeito da preponderância ou não da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, mas tal discussão restou superada em razão do julgamento, em sede de recurso repetitivo, do EREsp nº 1.341.370/MT em 10/04/2013, pela Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância, sendo possível a compensação das duas circunstâncias.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido.

(REsp nº 1.341.370/MT, 3ª Seção, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 17/04/2013)

E, nesse sentido, são os julgados desta Egrégia Corte:

PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. COMPENSAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES. USO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO PARA FINS DE MERO DESLOCAMENTO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA.

.....
3. A Terceira Seção da Colenda Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp nº 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

(TRF 3ª Região, ACR nº 0001031-43.2012.4.03.6005/MS, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, DE 19/12/2013)

Ao mesmo tempo em que a reincidência delituosa deve ser valorada negativamente por demonstrar, em certa medida, a personalidade direcionada ao crime do agente, a assunção de responsabilidade pelo crime, por aquele que tem a seu favor o direito constitucional a não se auto incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, tampouco, ser dissociada da noção de personalidade.

Vê-se que o réu possui apenas uma condenação pregressa a ser considerada como reincidência, portanto, pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea na mesma medida, sem preponderância de nenhuma delas, o que mantém a pena dele em *06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa*.

Terceira fase da dosimetria

Na terceira fase da dosimetria, o juiz majorou a pena em 1/6, em razão da transnacionalidade (art. 40, I da Lei 11.343/2006) e afastou a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Ainda que não haja recurso defensivo quanto a este ponto, como bem ressaltou a sentença *a quo*, o conjunto probatório desvela a transnacionalidade do tráfico, tendo em vista que o acusado foi preso bem próximo à fronteira do Brasil com o Paraguai (cidade de Paranhos e Ypuejhu). Ademais, das conversas extraídas pelo Ministério Público Federal às fls. 420/429 acerca das tratativas de drogas existem conversas com números paraguaios, tudo a demonstrar a transnacionalidade do delito, o que eleva a pena para *07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa*.

Com relação à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, esta deve ser afastada de plano uma vez que se trata de acusado reincidente em crime doloso, inclusive, condenado definitivamente por delito da mesma natureza (tráfico ilícito de entorpecentes).

Do delito de corrupção de menores

Na primeira fase da dosimetria da pena do delito do art. 244-B do ECA, a pena-base foi elevada para o patamar de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, com base nos maus antecedentes do acusado, e também em sua culpabilidade exacerbada, já que “se utilizou da proximidade familiar, como também violou o dever legal de proteção e guarda ao menor”.

Como já explanado exaustivamente, deve ser afastada a consideração negativa dos maus antecedentes do acusado.

É o caso, entretanto, de manter-se a culpabilidade exacerbada.

Realmente, o fato de ter o acusado abusado das relações familiares estreitas que mantinha com o menor e, por conseguinte, abusado de sua maior capacidade de influenciar nas decisões do adolescente, em nítido desrespeito a um dever legal de proteção familiar previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a corromper o menor e incitar o cometimento do delito de tráfico internacional de drogas, é circunstância apta a permitir a exasperação da pena-base em sua justa medida.

Assim, considerando-se que o r. juízo sentenciante procedeu o aumento de 1/8 (um oitavo) para cada uma das circunstâncias anteriormente consideradas, mantida a negatificação tão somente da culpabilidade do acusado, e mantido o *quantum* estabelecido pela sentença *a quo*, a pena-base deve ser ora reduzida para *01 (um) ano, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão*.

Na segunda fase da dosimetria da pena, o r. juízo sentenciante reconheceu a reincidência e afastou a aplicação da confissão espontânea.

Primeiramente, importante ressaltar que não houve recurso defensivo quanto a este ponto e não existe qualquer alteração a ser procedida de ofício. De fato, diferentemente de seu depoimento acerca do delito de tráfico, não houve assunção de responsabilidade no que tange ao delito do art. 244-B, sendo que, em seu interrogatório judicial foi expresso ao aduzir que não conhecia o adolescente D.B. e não sabia acerca de sua menoridade, o que, como já explanado, mostrou-se inverídico.

Mantida, assim, tão somente a agravante da reincidência, e considerando-se que o r. juízo sentenciante procedeu o aumento em 1/12 (um doze avos), o que deve ser mantido em seus exatos termos em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, a pena intermediária resta fixada em 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 18 (dezoito dias) dias de reclusão.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, consolidando-se a pena em *01 (um) ano, 02 (dois) meses e 18 (dezoito dias) dias de reclusão*.

Apesar de a sentença *a quo* ter fixado pena de multa, verifico, da leitura do tipo penal previsto no art. 244-B do ECA, não haver a cominação legal da pena de multa, razão pela qual deve esta ser excluída.

DO CONCURSO DE CRIMES

Ausente recurso defensivo quanto a este aspecto, mantido o devido reconhecimento do concurso material de crimes procedido pela sentença *a quo*, nos termos do art. 69 do Código Penal, devendo as penas impostas ao réu ser somadas.

PENA DEFINITIVA

A pena do réu CLAUDIO PEREIRA DE JESUS torna-se definitiva em:

a) 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 18 (dezoito dias) dias de reclusão pela condenação do delito do art. 244-B do ECA;

b) 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela condenação do delito do art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Somadas as penas dos delitos a que foi condenado, nos termos do art. 69 do Código Penal, a pena definitiva remanesce fixada em 08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do regime inicial de cumprimento de pena

Primeiramente, relevante salientar que a obrigatoriedade do *regime inicial* fechado aos sentenciados por crimes hediondos e equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111840, em 27 de junho de 2012.

Desta forma, para determinação do regime inicial, deve-se observar o artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, e do artigo 59 do mesmo *Codex*, de forma que a fixação do regime inicial adeque-se às circunstâncias do caso concreto. Ressalte-se que, especificamente quanto ao delito de tráfico ilícito de drogas, também se considerará a natureza e quantidade de entorpecentes como fundamentação idônea para a fixação do regime inicial para cumprimento de pena, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90, NA REDAÇÃO DADA PELO LEI N. 11.464/2007. INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Embora possa haver nos autos elementos concretos que justifiquem a imposição de regime mais gravoso, sabe-se que para cada uma das fases de dosimetria das penas, bem como para a fixação do regime prisional, a fundamentação deverá ser vinculada aos motivos declinados pelo julgador.

2. Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, *a fixação do regime inicial deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, aos condenados por tráfico de drogas.*

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1512607/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018- destaque nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. *REGIME FECHADO*. *POSSIBILIDADE*. *QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA*. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

(...)

5. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

In casu, a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida, utilizadas na terceira fase da dosimetria para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso. Precedentes.

6. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 425.688/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018- destaque nosso)

No caso em concreto, a pena definitiva do réu restou fixada em *08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão*, o que, em regra, determina que o regime inicial de cumprimento de pena seja o FECHADO, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Código Penal. Ainda que, com a detração de que trata o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 12.736/2012, descontado o período da prisão preventiva entre a data dos fatos (03.05.2018) e a data da sentença (30.09.2019), a pena remanescente reduz-se a menos de 08 (oito) anos de reclusão, não é o caso de modificar-se o regime inicial de cumprimento de pena. Isto porque, trata-se de acusado reincidente, sendo, portanto, de rigor a aplicação de regime inicial de cumprimento *FECHADO*.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO* à Apelação defensiva de *CLAUDIO PEREIRA DE JESUS* para excluir a pena de multa referente ao delito do art. 244-B do ECA, afastar a consideração dos maus antecedentes com relação aos dois delitos a que foi condenado (tráfico transnacional de drogas e corrupção de menores) e reconhecer a atenuante da confissão espontânea no que tange ao delito de tráfico, restando definitiva a pena o acusado em *08 (oito) anos, 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão* dias de reclusão, e o pagamento de *700 (setecentos) dias-multa*, cada qual no valor de *1/30 (um trigésimo) do salário mínimo* vigente à época dos fatos, mantendo-se, no mais, a sentença *a quo*, por seus próprios e judiciosos fundamentos.

É o voto.

Comunique-se o Juízo das Execuções Criminais.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0006649-13.2018.4.03.6181

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Apelados: PAULO SOARES BRANDÃO, ROSECLER PEREIRA BARBOSA, JOANA CELESTE BONFIGLIO DE OLIVEIRA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. ARTIGO 171, §3º DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA E DOLO NÃO COMPROVADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. APELO DESPROVIDO.

1. A materialidade delitiva restou comprovada nos autos pelos documentos que instruíram o processo administrativo.
2. Restou comprovado que os acusados não tiveram contato com a beneficiária.
3. Crível é a versão do acusado de que apenas recebia do intermediador a documentação já pronta para os requerimentos de benefício previdenciário, não conferindo seu conteúdo e autenticidade. O fato de ele constar como procurador não comprova sua participação na fraude narrada na denúncia.
4. Em que pese a perícia indicar que o preenchimento dos documentos, que instruíram o pedido de benefício assistencial contendo a falsidade, partiu do punho da acusada, não há nos autos qualquer demonstração de que tenha agido em conluio neste caso, quer porque não foi citada pela beneficiária ou outras testemunhas, quer por não haver demonstração, pelos elementos dos autos, do necessário liame entre eles, para a prática delitiva descrita pela denúncia.
5. De outro lado, a conduta de corrê, ex-servidora do INSS, resvala em uma conduta caracterizada pela negligência de quem não adotou as cautelas necessárias à concessão do amparo assistencial em questão.
6. Não se pode considerar a autoria dos apelados com base na constatação de eventual culpabilidade e modus operandi dos acusados nas operações “Gerocômio” e “Ostrich”, que não fazem prova quanto ao fato específico tratado nestes autos.
7. As circunstâncias indicadas nos autos não permitem afirmar categoricamente a inocência dos acusados, embora, não se possa de igual modo, afirmar a sua culpabilidade, prevalecendo no direito penal a máxima do *in dubio pro reo*.
8. Não comprovada a autoria dos acusados para perpetrar a fraude.
9. Manutenção da sentença absolutória.
10. Recurso da acusação não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao recurso do Ministério Público Federal, nos termos do

voto do Des. Fed. PAULO FONTES, acompanhado pelo Des. Fed. MAURICIO KATO. Vencido o Relator Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW que DAVA PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal para condenar Paulo Soares Brandão pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, no mínimo valor unitário legal, bem como para condenar Rosecler Pereira Barbosa pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, no mínimo valor unitário legal. Regime inicial aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46) pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões dos réus, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu Paulo Soares Brandão, Rosecler Pereira Barbosa e Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira da prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Alega-se, em apelação, o que segue:

a) o benefício assistencial a idoso irregularmente concedido a Sirlei Peres Preccaro configura o crime de estelionato majorado;

b) a atuação dos réus era “piramidal” e deve ser analisada a partir de fatos descritos em diversos inquéritos e diligências policiais, em especial a Operação Ostrich, que busca apurar a concessão fraudulenta de inúmeros benefícios previdenciários e assistenciais;

c) Paulo Soares Brandão tratava das práticas delitivas com Joana Celeste e com o advogado Paulo Thomaz de Aquino que, por sua vez, mantinha contato com Rosecler Pereira Barbosa e Ozélia, captadoras de clientes que não faziam jus ao benefício assistencial;

d) Paulo Soares Brandão protocolava requerimentos fraudulentos junto ao INSS, sendo remunerado por Paulo Thomaz de Aquino em cerca de 1 (um) salário mínimo por benefício concedido, a demonstrar o vínculo associativo entre ambos;

e) Joana Celeste, servidora da APS de Vila Prudente em São Paulo (SP), garantia a concessão dos benefícios fraudulentos;

f) Paulo Brandão valia-se de liminar que lhe foi concedida em mandado de segurança para dar celeridade andamento a inúmeros requerimentos junto ao INSS;

g) laudo pericial apontou que os formulários entregues ao INSS foram preenchidos por Rosecler Pereira Barbosa, inclusive a declaração do endereço de Sirlei Peres Preccaro;

h) postula-se a reforma da sentença para condenação dos réus pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal (Id n. 126832912, pp. 212/221).

Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira e Rosecler Pereira Barbosa, em contrarrazões apresentadas por meio da Defensoria Pública da União, afirmam o seguinte:

a) a acusação não recorreu da absolvição de Joana Celeste da prática do delito do art. 317, § 1º, do Código Penal;

b) no âmbito da denominada Operação Ostrich, Joana Celeste admitiu atuar em conjunto com Cláudia Dezan, porém não confessou o delito objeto dos presentes autos;

c) a confissão da prática de delitos correlatos não importa em presunção absoluta de que Joana Celeste teria ciência da falsidade dos documentos em todos os requerimentos analisados e concedidos pelo INSS;

d) o benefício de amparo ao idoso tem natureza declaratória e a ausência de solicitação de pesquisa externa não permite concluir que Joana Celeste teria ciência da falsidade dos documentos;

e) a pessoa que teria contratado Rosecler Pereira para preencher os formulários que instruem o requerimento administrativo sequer foi denunciada, a indicar que não houve descrição da conduta criminosa;

f) não há prova de que Rosecler Pereira teria ciência da falsidade dos documentos e informações recebidas para a instrução do requerimento administrativo (Id n. 126832912, pp. 225/234).

Em contrarrazões, Paulo Soares Brandão sustenta o que segue:

a) não houve interposição de recurso no que toca à absolvição da prática do delito do art. 333, parágrafo único, do Código Penal;

b) a beneficiária Sirlei Peres Preccaro, a testemunha Ozélia e a corré Rosecler Pereira Barbosa negaram qualquer contato com Paulo Soares Brandão;

c) Paulo Thomaz de Aquino, que sequer foi ouvido nesta ação penal, em depoimentos prestados em outros autos afirmou ter contratado Paulo Soares Brandão apenas para protocolar os requerimentos (fl. 410);

d) Paulo Soares Brandão recebia a documentação pronta e as protocolava perante o INSS, valendo-se de liminar que lhe foi concedida em mandado de segurança;

e) a acusação não menciona a declaração de Paulo Thomaz de Aquino e de Joana Celeste no sentido de que foram coagidos a incriminar Paulo Soares Brandão (fl. 410);

f) configura ofensa ao ordenamento jurídico, em especial ao art. 155 do Código de Processo Penal, a acusação fundamentar-se apenas em elementos obtidos na Operação Ostrich, sem produção de provas nos presentes autos;

g) houve homologação do requerimento de arquivamento do Inquérito Policial n. 0002253-27.2017.403.6181 (Operação Ostrich), em face da ocorrência de prescrição, razão pela qual os elementos apurados não podem ser usados em prejuízo do apelado (restam extintos todos os efeitos penais e extrapenais);

h) em caso de reforma da sentença, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, contada entre a data da consumação do suposto delito e a data do recebimento da denúncia (Id n. 126832912, pp. 238/261).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Rosane Cima Campiotto, manifestou-se pela condenação dos réus pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, com *emendatio libelli* em relação a Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal (Id n. 133314294).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à revisão, nos termos regimentais.

VOTO

Imputação. Paulo Soares Brandão foi denunciado pela prática do delito do art. 171, § 3º, e do art. 333, parágrafo único, do Código Penal. Rosecler Pereira Barbosa e Joana Celeste Bonfiglio Oliveira foram denunciadas, respectivamente, pela prática do delito do art. 171, § 3º e do art. 317, § 1º, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia que, em 13.04.10, Paulo Soares Brandão, advogado, instruiu com informações falsas o requerimento de benefício assistencial de amparo a idoso que protocolou em favor de Sirlei Peres Preccaro. Ao contrário do declarado no requerimento administrativo, Sirlei Peres Preccaro reside com seu marido Izair Preccaro, que recebe aposentadoria por tempo de serviço no valor de R\$ 1.943,12 (mil novecentos e quarenta e três reais e doze centavos).

O benefício assistencial foi irregularmente concedido e o pagamento ocorreu no período de abril de 2010 a novembro de 2014, com prejuízo ao INSS no montante de R\$ 38.052,89 (trinta e oito mil e cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos), atualizado em novembro de 2014 (fls. 64 e 59).

Laudo pericial concluiu que a assinatura no instrumento de mandato que instruiu o requerimento do benefício é de Paulo Soares Brandão. A mídia de fl. 142 demonstra que Paulo Soares Brandão fazia parte de organização destinada à prática de fraudes contra o INSS. A mídia de fl. 24 aponta o *modus operandi*, as conexões e os inúmeros casos em que Paulo Soares Brandão está envolvido, com corrupção da servidora Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira para a obtenção dos benefícios assistenciais.

Assim agindo, Paulo Soares Brandão obteve, para si e para outrem, vantagem ilícita consistente em benefício assistencial, em prejuízo do INSS, induzindo e mantendo em erro a Autarquia mediante meio fraudulento consistente em uso de documentos falsos (CP, art. 171, § 3º). Paulo Soares Brandão praticou, ainda, o delito do art. 333 do Código Penal.

Rosecler Pereira Barbosa atuava em conjunto com Paulo Soares Brandão na preparação do dossiê que instruiu o requerimento de benefício assistencial (fls. 81/85 da mídia). O relatório da Operação Ostrich concluiu que a denunciada participava de forma ativa e reiterada de fraudes contra o INSS. No caso específico, restou comprovado que eram de Rosecler Pereira Barbosa os manuscritos entregues ao INSS, inclusive a declaração de endereço da beneficiária, pretensamente produzida por Davi Marques de Oliveira.

Portanto, Rosecler Pereira Barbosa obteve, para si e para outrem, vantagem ilícita consistente em benefício assistencial, em prejuízo do INSS, induzindo e mantendo em erro a Autarquia mediante meio fraudulento consistente em uso de documentos falsos (CP, art. 171, § 3º).

Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira, servidora do INSS à época dos fatos, era peça chave para o processamento, habilitação e deferimento de benefícios assistenciais fraudulentos, dentre eles o de Sirlei Peres Preccaro. O benefício foi deferido na mesma data em que protocolado o requerimento, o que se coaduna com o apurado na Operação Ostrich, em cujo âmbito a denunciada confessou ter recebido valores para processar e deferir benefícios assistenciais irregulares.

Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira foi presa em decorrência de fatos apurados na Operação Gerocômio e demitida pelo INSS. Atribui-se à denunciada a concessão de 111 (cento e onze) benefícios assistenciais fraudulentos.

Nesses termos, pode-se concluir que Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira recebeu, 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 aceitou promessa de tal vantagem (CP, art. 317, § 1º).

A materialidade e a autoria delitivas restam comprovadas pela cópia do procedimento do INSS (fls. 6/65), por declarações prestadas (fls. 77, 91 e 95), pelo laudo de perícia grafo-técnica (fls. 115/119) e pelo relatório de apuração da Operação Ostrich (mídia, fl. 142) (Id n. 126832911, pp.3/9).

Do processo. A denúncia foi recebida em 06.07.18 (Id n. 126832911, pp. 32/36).

Paulo Soares Brandão apresentou resposta à acusação. Alegou ter constatado demora em agendamentos de requerimentos de benefícios pelo INSS, o que seria um “nicho de mercado”. Ingressou com mandado de segurança e obteve liminar que garantia seu atendimento prioritário em determinadas agências previdenciárias. Não foi o único a obter liminar, intermediário enviava os dados e formulários já preenchidos dos interessados para os advogados. Atuava apenas na parte final, ou seja, no protocolo do requerimento administrativo perante o INSS. Não tinha condições de apurar a veracidade das declarações e documentos recebidos. No IP n. 288/2016, Joana Celeste afirmou ter sido coagida a atribuir-lhe responsabilidade delitiva, conforme se verifica de mídia que juntada aos autos (Id n. 126832911, pp. 232/240).

Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira e Rosecler Pereira Barbosa apresentaram resposta à acusação por meio da Defensoria Pública da União, que negou a prática delitiva de ambas e requereu a oitiva das mesmas testemunhas arroladas pela acusação (Id n. 126832911, pp. 244/245).

O Juízo *a quo* designou audiência de instrução e julgamento, à qual não compareceu Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira, razão pela qual teve decretada sua revelia (Id. 126832911, pp. 272/273). À audiência redesignada, além de Joana Celeste não compareceu Rosecler Pereira Barbosa, que teve decretada sua revelia. Houve oitiva de testemunhas e interrogatório de Paulo Soares Brandão (Id n. 126862911, pp. 302/303).

Em 04.11.19, o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal de São Paulo absolveu Paulo Soares Brandão, Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira e Rosecler Pereira Barbosa dos delitos que lhes foram imputados, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Consignou o Juízo *a quo* que inexistem prova nos autos de que os réus sabiam da falsidade ideológica das declarações a respeito da beneficiária Sirlei Peres Preccaro. A ex-servidora Joana Celeste sequer foi ouvida nos autos, que também não foram instruídos com eventual procedimento administrativo que aponte a conduta funcional irregular da ex-servidora na concessão do benefício. O relatório elaborado no âmbito da Operação Ostrich é insuficiente para a prova da autoria delitiva. Em relação a Rosecler Pereira Barbosa, considerou o Juízo *a quo* ser provável que ela teria conhecimento da falsidade das declarações, porém não há prova suficiente para a condenação. No que diz respeito aos delitos de corrupção passiva e ativa, afirmou o Juízo *a quo* que a denúncia é genérica e que não há prova de promessa ou troca de vantagens indevidas entre Paulo Gomes Grandão e Joana Celeste. (Id n. 126832912, pp. 190/266).

Emendatio libelli. Segundo grau. Admissibilidade. Entende-se que a *emendatio libelli* pode ser aplicada em segundo grau, desde que respeitados os limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus* (STJ, HC n. 294149, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.02.15; HC n. 247252, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.03.14). No mesmo sentido (TRF da 3ª Região, ACr n. 2013.61.06.001782-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 23.11.15).

Do caso dos autos. Sustenta-se na denúncia que Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira teria obtido, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo do INSS, mediante uso de meio fraudulento no processamento de benefício assistencial de amparo a idoso.

Assiste razão à Procuradoria Regional da República ao afirmar que a conduta descrita na denúncia configura, em tese, o delito do art. 171, § 3º, do Código Penal.

Portanto, procedo à *emendatio libelli* para atribuir a Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira a conduta do art. 171, § 3º, do Código Penal.

Materialidade. Os seguintes elementos dos autos são suficientes à prova da materialidade delitiva:

a) Notícia de Fato n. 1.34.001.004686/2015-59, instruída com o Processo Administrativo n. 88/540.408.533-5, referente ao benefício assistencial de amparo a idoso concedido em favor de Sirlei Peres Preccaro, em especial: termo de requerimento de benefício, declaração sobre composição do grupo e renda familiar, termo de responsabilidade assinado por Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira, declaração de endereço, declaração de que a requerente reside sozinha e não tem companheiro, instrumentos de mandato outorgados a Paulo Soares Brandão, diligências realizadas após a concessão do benefício para verificação de composição de renda familiar e relatório conclusivo de que houve irregularidade na concessão do benefício (Id n. 126832910, pp. 5/6, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 42, 44, 56/57, 59/60 e 68/72);

b) Liminar concedida em mandado de segurança para garantir a Paulo Soares Brandão o protocolo de requerimentos de benefícios previdenciários sem prévio agendamento e limitação de quantidade (Id n. 126862910, pp.26/30);

c) Laudo de perícia criminal federal (documentoscopia) no sentido de que, à exceção da assinatura e data lançada no requerimento de benefício assistencial, “os demais manuscritos questionados apresentam convergências gráficas significativas quanto ao padrão fornecido por Rosecler Pereira Barbosa” (documentos submetidos à perícia: requerimento de benefício assistencial, declaração de endereço pretensamente fornecida por Davi Marques de Oliveira, declaração de composição do grupo e renda familiar, declaração para amparo assistencial e instrumento de mandato) (Id n. 126832910, pp. 126/130).

Autoria. Inquirida em sede policial, Sirlei Peres Preccaro afirmou que uma pessoa foi à sua residência, apresentou-se como sendo Ozélia e se ofereceu para obter aposentadoria do INSS. Ozélia insistiu que a depoente fazia jus ao benefício. Não leu os documentos, apenas assinou-os. Não é verdadeira a declaração de endereço que instruiu o requerimento administrativo, pois sempre residiu com seu marido. Desconhecia a fraude e pensa ter sido enganada. Os três primeiros benefícios recebidos foram entregues ao procurador. Nunca ouviu falar em Paulo Soares Brandão. Não conhece Joana Bonfiglio. Os valores recebidos foram usados para seu sustento e para pagar a internação do filho (Id n. 126832910, p. 86).

Em Juízo, Sirlei Peres Preccaro reiterou ser falsa a declaração constante do requerimento administrativo segundo a qual ela não residiria com seu marido. Nunca se separou de seu marido. Em 2010, quando estava em agência bancária, ouviu a conversa de uma pessoa que havia obtido aposentadoria. Indagada, a pessoa disse que uma conhecida obtinha a aposentadoria. A depoente estava com problema no pé, decorrente de diabetes. A pessoa sugeriu a ela que procurasse obter aposentadoria, já que inválida. Essa pessoa pegou seu número de telefone e passou para a conhecida dela que, na sequência, ligou para a depoente, foi à sua casa, pegou documentos e disse que o benefício poderia ser requerido. A depoente forneceu os documentos. Essa mulher foi à sua casa e entregou um monte de documentos, que foram assinados na mesma oportunidade. Passaram-se cerca de 6 (seis) meses, vinham cartões do INSS para sua casa, de outras pessoas, mas o seu não vinha. Passando certo dia em frente à agência do INSS, resolveu verificar se havia chegado alguma coisa. O atendente disse que o benefício tinha vindo e já voltado. A depoente estranhou. O atendente indagou-a sobre seu endereço e verificou que o constante do cadastro do INSS era diverso. O atendente disse que corrigiria o endereço e que dentro de um mês ela deveria passar de novo na agência para ver se chegou. Realmente o

cartão, depois de certo tempo, estava na agência. Começou então a receber o benefício. Ligou para a mulher que havia levado a documentação para a obtenção do benefício, para fazer o pagamento devido (primeiros quatro meses seriam dessa mulher), mas ela já não estava mais no telefone fornecido. Quando foi ouvida em sede policial, reconheceu essa mulher, cujo nome não se recorda. Não sabia que seu benefício era ilegal. Somente depois, quando foi requerer cartão do idoso, uma pessoa perguntou se ela era casada, já que estava acompanhada de seu marido. Ela disse que sim. A pessoa afirmou que por estar casada, ela não poderia receber o benefício assistencial, que foi bloqueado nesse momento. Até hoje recebe papéis de outras pessoas na sua casa. Nunca ouvi falar de Paulo Soares Brandão. Seu marido faleceu no ano passado. Ao contrário do que constou em seu depoimento em sede policial, nega ter entregado as três primeiras prestações ao procurador, a título de honorários (Id n. 126832929).

Em sede investigativa, Davi Marques de Oliveira afirmou não saber o motivo pelo qual o requerimento de benefício assistencial foi instruído com documentos pessoais seus. Não subscreveu a declaração de endereço em favor de Sirlei Peres Preccaro, que sequer conhece. Também não conhece Paulo Soares Brandão, Ozélia Oliveira e Paulo Thomaz de Aquino (Id n. 126832910, p. 105).

Ouvido em Juízo, Davi Marques de Oliveira aduziu que, em 2010, residia no endereço indicado na declaração como sendo o de Sirlei Peres Precarro. Não sabe a razão disso. Não conhece Paulo Gomes Brandão nem Joana Celeste Bonfiglio. Rosecler Pereira Barbosa era vizinha de sua mãe (Id n. 126832931).

Perante a Autoridade Policial, Ozélia de Oliveira Nogueira sustentou não se recordar de Sirlei Peres Preccaro e Davi Marques de Oliveira. Conheceu Paulo Thomaz de Aquino em uma agência bancária. Paulo Thomaz ofereceu à depoente um “bico”. Pagava entre R\$ 30,00 (trinta reais) e R\$ 50,00 (cinquenta reais) por pessoa interessada em receber o benefício previdenciário. Sua função era arregimentar pessoas, solicitar documentos e colher assinaturas nos formulários que Paulo Thomaz fornecia. Recebia os três primeiros benefícios dos clientes e os repassava em dinheiro a Paulo Thomaz. Não sabia das fraudes praticadas por Paulo Thomaz. Não conhece Paulo Soares Brandão (Id n. 126832910, p. 101).

Em Juízo, Ozélia de Oliveira Nogueira reiterou não se recordar de Sirlei Peres Preccaro. Negou ter sido o contato de Sirlei para a obtenção do benefício assistencial. Teve o desprazer de conhecer uma pessoa que obtinha esses benefícios e que pediu a ela que se viesse a conhecer alguém com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, o indicasse. Fez alguns serviços para essa pessoa, que a orientou sobre os documentos que deveriam ser fornecidos pelos interessados. Indagada, a testemunha afirmou que o nome dessa pessoa é Paulo Thomaz de Aquino. Já entregou documentos no escritório dele, no centro de Guarulhos, outras vezes ele passava em sua casa. Às vezes recebia R\$ 30,00 (trinta reais), R\$ 50,00 (cinquenta reais), mas muitas vezes não recebia nada porque indicava Paulo Thomaz de Aquino e o interessado tratava diretamente com ele. O preenchimento dos documentos era feito com Paulo Thomaz de Aquino. Soube de fraudes nas declarações de endereço ou de casamento que instruíram os requerimentos somente quando chamada pela Polícia Federal. Não conhece Rosecler Pereira Barbosa nem Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira (Id n. 126832930).

Na fase investigativa, Rosecler Pereira Barbosa declarou que há muito tempo Paulo Thomaz de Aquino perguntou a ela se gostaria de preencher fichas. Enfrentava filas do INSS para ele. Como estava desempregada, aceitou o trabalho. Eram formulários do INSS que já vinham assinados pelos interessados em obter benefícios previdenciários. Paulo Thomaz pediu que fossem preenchidos os dados de Paulo Soares Brandão, na condição de advogado. Copiava os

dados de cópias xerográficas de documentos. Cerca de uma vez por mês, Paulo Thomaz levava à sua residência o material a ser preenchido. Paulo Thomaz pagava R\$ 50,00 (cinquenta reais) por 5 (cinco) a 8 (oito) processos cujos formulários eram preenchidos. Trabalhou para Paulo Thomaz por menos de 1 (um) ano. Indagou-o sobre os serviços prestados, ele disse que não eram irregulares. Não sabe dizer se Paulo Thomaz trabalhava com outras pessoas, nunca foi ao escritório dele (Id n. 126832910, pp. 136/137).

Rosecler Pereira Barbosa teve sua revelia decretada pelo Juízo *a quo* por injustificadamente não ter comparecido à audiência de instrução e julgamento (Id n. 126832911, pp. 302/303).

Paulo Soares Brandão não foi ouvido em sede policial.

Em interrogatório judicial, Paulo Soares Brandão negou ter praticado a conduta delitiva que lhe é imputada. Ao ouvir os depoimentos em Juízo das testemunhas, concluiu que o processo de Sirlei Peres Preccaro veio do intermediador Paulo Thomaz de Aquino. Como já declarou em vários interrogatórios, atuava como procurador, tinha uma liminar que o autoriza a ingressar, sem agendamento e sem pegar fila, com processos administrativos em determinadas agências do INSS. A pessoa que pretendia dar entrada no processo administrativo somente seria atendida cerca de 1 (um) ano depois, então para a pessoa seria muito mais rápido o atendimento por meio dessa liminar. Na Agência Vila Prudente, na qual esse caso aconteceu, a chefia direcionava o atendimento para alguns funcionários, para evitar tumulto. Não escolhia os funcionários que fariam seu atendimento. Ganhava 1 (um) salário mínimo quando havia deferimento. Como Joana Celeste está relacionada nos autos, acredita ter sido ela a funcionária do INSS que atuou no processo administrativo de Sirlei Peres Preccaro. Na condição de advogado, analisava a documentação e a presença dos requisitos exigidos pela LOAS. Não conferia a veracidade das declarações, acredita que essa diligência compete ao INSS, que deveria mandar um assistente social ao local. Conheceu Joana Celeste por conta de seu trabalho, apenas. Nesse caso específico, figurou como procurador e nada recebeu, conforme a própria beneficiária afirmou em depoimento judicial. Não conhece Rosecler. Conhece Paulo Thomaz de Aquino porque ele trazia os processos para dar entrada no INSS. Não conhece as demais pessoas do escritório de Paulo Thomaz de Aquino (Id n. 126832932).

Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira não foi ouvida em sede policial e teve sua revelia decretada pelo Juízo *a quo*, por injustificadamente não ter comparecido à audiência para a qual foi intimada (Id. 126832911, pp. 272/273).

Anoto que no RESE n. 0014683-11.2017.4036181 foi mantida a rejeição da denúncia oferecida contra Paulo Soares Brandão. Essa decisão, como decorre de sua leitura, se fundamenta na inépcia, de modo que em qualquer outro feito é possível fazer livremente um juízo próprio sobre a respectiva imputação.

Restou incontroverso nos autos que Paulo Soares Brandão figurou como advogado de Sirlei Peres Preccaro no processo administrativo perante o INSS, de modo que não o socorre a alegada ausência de contato direto com a beneficiária Sirlei Peres Preccaro, com a testemunha Ozélia de Oliveira Nogueira ou com a corré Rosecler Pereira Barbosa.

Paulo Soares Brandão afirmou em Juízo ter descoberto um “nicho de mercado” com a demora no andamento de processos administrativos perante o INSS. Por essa razão, impetrou mandado de segurança e, de posse de liminar que lhe foi concedida, passou a ingressar com inúmeros processos administrativos, sem necessidade de aguardar agendamento ou restringir-se a um número máximo de protocolos. Conforme se verifica, Paulo Soares Brandão não apenas protocolava documentos, como sustenta. Ao contrário, demonstra participação ativa e entendimento do esquema criminoso, tendo indicado Paulo Thomaz de Aquino como seu intermediador.

A concessão do benefício assistencial decorre de documentos que instruíram o processo administrativo, segundo os quais Sirlei Peres Preccaro não teria renda. Após a concessão do benefício, o INSS apurou que Sirlei Peres Preccaro residia com seu marido em endereço diverso do indicado no processo administrativo. O benefício assistencial foi considerado indevido pois ausentes os requisitos do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 (Id n. 126832910, pp. 68/72). Portanto, não é razoável afirmar-se que a Autarquia seria a responsável pela concessão do indevido benefício por não teria agido com zelo.

Portanto, há elementos suficientes nos presentes autos para a prova da autoria delitiva de Paulo Soares Brandão, as quais não são infirmadas pela ausência de oitiva de Paulo Thomaz de Aquino.

No que concerne a Rosecler Pereira Barbosa, laudo pericial concluiu que, à exceção de assinatura e data lançada no requerimento de benefício assistencial, “os demais manuscritos questionados apresentam convergências gráficas significativas quanto ao padrão fornecido por Rosecler Pereira Barbosa”. Assim, restou comprovado que Rosecler Pereira Barbosa elaborou e subscreveu a declaração de endereço de Sirlei Peres Preccaro, pretensamente fornecida por Davi Marques de Oliveira, a indicar que sua atuação não era limitada ao preenchimento de formulários com os dados dos beneficiários (cf. 126832910, esp. pp. 21 126/130). Nessa linha de ideias, a afirmação de que Rosecler Pereira Barbosa prestaria serviços para Paulo Thomaz de Aquino, que não foi denunciado nem ouvido nos presentes autos, não permite afastar a autoria delitiva.

Em relação a Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira, deve-se concluir que o requerimento de benefício de amparo a idoso foi instruído com documentos que, à primeira vista, indicam a presença dos requisitos do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93. A célere concessão do benefício, por si só, não permite afirmar que Joana Celeste saberia da falsidade dos documentos.

É certo que Joana Celeste foi condenada no âmbito da Operação Gerocômio. (Autos n. 0000482-87.2012.403.6181). Ocorre que, em delação premiada, Joana Celeste afirmou ter iniciado sua prática criminosa em dezembro de 2011 (cf. consulta ao sistema informatizado do Tribunal). Os fatos narrados na presente ação penal ocorreram em abril de 2010, ou seja, em período anterior ao indicado por Joana Celeste como início de seu envolvimento em fraudes contra o INSS.

Anoto que a Operação Ostrich, referida na denúncia, foi instaurada a partir de inquéritos policiais que buscam apurar fraudes na concessão de benefícios pelo INSS, em prejuízo aos cofres públicos no montante de R\$ 138.924.724,15 (cento e trinta e oito milhões, novecentos e vinte e quatro mil, setecentos e vinte e quatro reais e quinze centavos). Confira-se o relatório parcial elaborado pelo Delegado de Polícia Federal

2 – Da Operação Ostrich

A partir da análise conjunta dos inquéritos policiais em questão, percebeu-se a necessidade de serem desenvolvidos trabalhos mais complexos do que aqueles realizados em um inquérito comum. (...)

Frente às evidências probatórias, conforme a anuência do *parquet* e em cumprimento a mandados judiciais foi deflagrada, no âmbito dessa Polícia Federal, a Operação Ostrich, na data de 11/07/2017, no bojo do inquérito policial federal nº 288/16-5.

(...)

4 – Do funcionamento do esquema criminoso

Ao se realizar a análise conjunta dos fatos, percebe-se que uma associação estável e permanente funcionava com a finalidade de praticar estelionatos contra o INSS, relativamente a benefícios assistenciais para idosos, tantos quanto fossem possíveis.

Referida associação possuía funcionamento piramidal, com captadores de beneficiários na base e mentores no topo.

Tal qual uma pirâmide, a associação possuía mais de um vértice, cada qual com seus componentes, porém, sob *modus operandi* similar e respondendo àqueles que figuravam no ápice, quais sejam, os advogados PAULO SOARES BRANDÃO e CLÁUDIA DEZAN SILVA.

Vale frisar que os advogados acima vivem maritalmente há aproximadamente dez anos, o que evidencia sua unidade de desígnios.

(...)

4.1 – Vértice PAULO THOMAS DE AQUINO – Escritório de Guarulhos

Conforme as investigações em diversos inquéritos policiais avançaram, percebeu-se o protagonismo de PAULO THOMAZ DE AQUINO, como o gestor de pessoas responsáveis pela captação de beneficiários.

Ocorre que PAULO THOMAZ DE AQUINO valia-se dos advogados PAULO SOARES BRANDÃO, CLÁUDIA DEZAN SILVA e EDILRENE SANTIAGO CARLOS para fins de protocolos de requerimentos de benefício previdenciário junto ao INSS, uma vez que esses últimos possuíam liminares que os desobrigava de realizar agendamentos e de enfrentar filas para tal finalidade. Nessa esteira, vale destacar que PAULO THOMAZ DE AQUINO assevera que pagava a PAULO SOARES BRANDÃO, geralmente, o equivalente a um salário mínimo por benefício concedido. Frise-se que os pagamentos eram realizados conforme o êxito do benefício requerido, o que denota um ajuste anímico entre PAULO THOMAZ DE AQUINO e PAULO SOARES BRANDÃO quanto ao meio fraudulento utilizado para a prática do estelionato contra o INSS.

Fosse PAULO SOARES BRANDÃO um mero “protocolador”, o verossímil é que recebesse por protocolo realizado.

Porém, não foi isso o que aconteceu, pois PAULO SOARES BRANDÃO condicionou o recebimento de seus honorários ao êxito das pretensões dirigidas ao INSS.

Com isso, fica nítido o vínculo associativo de todos nas fraudes, pois o sucesso ou o fracasso da pretensão dirigida ao INSS não figurou como um risco do “negócio” daquele que captou a clientela, mas da totalidade dos que se envolveram criminosamente no esquema.

Nesse ponto, vale redundar que a remuneração paga a PAULO GOMES BRANDÃO somente acontecia após a concessão dos benefícios por ele protocolados, o que evidencia uma divisão dos lucros espúrios oriundos das fraudes (se o benefício fosse concedido ele recebia, caso contrário não).

Conforme se verifica no Relatório de Investigação Geral, PAULO THOMAZ DE AQUINO atuava em conjunto com: GINA CRISTINA DE SOUZA (sua ex-esposa); MATHEUS DE SOUZA OLIVEIRA (filho de GINA); ROSEMARI RIBEIRO DA LUZ (secretária e atual companheira); OZÉLIA DE OLIVEIRA NOGUEIRA; CLAUDINO ANTONIO DA SILVA; ROSÂNGELA APARECIDA JACINTHO PEREIRA; ROSECLER PEREIRA BARBOSA e DAIANA SPIRANO SANTOS SILVA.

4.2. Vértice EGLYS RUTH DE LIMA – Escritório da Lapa

No decorrer das investigações percebeu-se que o escritório de PAULO GOMES BRANDÃO e de CLÁUDIA DEZAN SILVA contava com os serviços de outros intermediários.

Nesse vértice em particular percebe-se uma preponderância no comando criminoso de CLÁUDIA DEZAN SILVA, que impunha o *modus operandi* ao do escritório que mantinha junto do marido PAULO GOMES BRANDÃO,

Conforme análise realizada junto ao IPL 288/2012-5, percebeu-se que, de início, havia uma estrutura criminosa que funcionava a partir da captação de clientes na região de Campinas, com o envio de documentação fraudada por CLÁUDIA DEZAN SILVA que, assim como o marido PAULO SOARES BRANDÃO, possuía uma liminar para a realização de protocolos junto ao INSS sem a necessidade de prévio agendamento ou filas.

Nesse vértice criminoso destacam-se LOURDES PEREIRA DE LIMA, EGLYS RUTH DE LIMA e GLAUCIA HELENA LIMA, mãe e filhas.

(...)

4.3 – Vértice INSS

Para o funcionamento dessa indústria de fraudes previdenciárias, percebeu-se ser necessária a complacência de servidores do INSS.

Conforme se verifica em planilha anexa, na qual estão sendo compilados os dados relativos a inquéritos de objeto similar, a grande maioria dos benefícios fraudulentos foram analisados e concedidos por duas servidoras da Agência da Previdência Social na Vila Prudente, em São Paulo/SP.

Trata-se de JOANA CELESTE BONFIGLIO DE OLIVEIRA e MARCIA HELENA ROGRIGUES SANTOS.

Ressalte-se que JOANA assume que recebia vantagens indevidas de CLÁUDIA DEZAN SILVA para a concessão indevida dos benefícios em questão, conforme no IPL 1211/2013-5.

Percebe-se, novamente, o funcionamento piramidal da associação, com CLÁUDIA DEZAN e PAULO SOARES BRANDÃO no ápice do esquema criminoso, de um lado orientando a captação de clientes e de outro garantindo a concessão espúria dos benefícios protocolados.

4.4 – Núcleo Escritório de Advocacia Paulo Soares Brandão Advogados Associados

Como se percebe, todos os vértices, desde os requerentes, passando por escritórios satélites, chegando ao INSS, estavam sob a batuta de PAULO SOARES BRANDÃO e CLÁUDIA DEZAN SILVA. Eles possuíam o controle da atividade criminosa ao ensinarem as práticas delitivas aos demais e ao permitirem uma intensa e massiva prática fraudulenta contra o INSS, com os protocolos realizados por meio de suas liminares (...). (Id n. 126832910, pp 148/155)

Dosimetria da pena. Paulo Soares Brandão. O réu é primário, nos termos da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Os motivos e as circunstâncias do crime são comuns à espécie e inexistem elementos nos autos que permitam valorar a personalidade e a conduta social do réu.

A culpabilidade é exacerbada, à vista da declaração de Paulo Soares Brandão de que impetrou mandado de segurança e, valendo-se de liminar que lhe foi concedida, passou a atuar em “nicho de mercado” por ele vislumbrado.

As consequências do crime são desfavoráveis, à vista do prejuízo causado ao INSS no montante de R\$ 38.052,89 (trinta e oito mil e cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos), atualizado em novembro de 2014 (fls. 64 e 59).

Assim, majoro a pena para em 1/2 (metade), fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena intermediária em 2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 171, § 3º, do Código Penal, exaspero a pena em 1/3 (um terço), a resultar na pena definitiva de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Regime inicial aberto (CP, art. 33, § 2º, c).

Arbitro o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, ante a ausência de informações acerca da capacidade econômica do réu nestes autos.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões do réu.

No que toca à prescrição retroativa, que o réu pretende ver reconhecida, anoto que para viabilizar o cálculo do prazo prescricional é necessário o trânsito em julgado para a acusação, oportunidade em que a pena não pode mais ser agravada. É nesse sentido que se deve interpretar o § 1º do art. 110 do Código Penal: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.

Dosimetria. Rosecler Pereira Barbosa. A ré é primária, nos termos da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça.

As circunstâncias e os motivos do crime são comuns à espécie.

A culpabilidade não é exacerbada e não há elementos nos autos que permitam valorar a personalidade e a conduta social da ré.

As consequências do crime são desfavoráveis, tendo em vista do prejuízo causado ao INSS, no montante de R\$ 38.052,89 (trinta e oito mil e cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos), atualizado em novembro de 2014 (fls. 64 e 59).

Nesses termos, a pena-base deve ser majorada em 1/6 (um sexto), resultando em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, mantenho a pena intermediária em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena do art. 171, § 3º, do Código Penal, exaspero a pena em 1/3 (um terço), a resultar na pena definitiva de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

Regime inicial aberto (CP, art. 33, § 2º, c).

Arbitro o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46), pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões da ré.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso do Ministério Público Federal para condenar Paulo Soares Brandão pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, no mínimo valor unitário legal, bem como para condenar Rosecler Pereira Barbosa pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, no mínimo valor unitário legal. Regime inicial aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor de entidade beneficente (CP, art. 43, I, c. c. o art. 45, §§ 1º e 2º) e prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (CP, art. 43, IV, c. c. o art. 46) pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade, cabendo ao Juízo das Execuções Penais definir a entidade beneficiária, o local de prestação de serviços e observar as aptidões dos réus.

É o voto.

VOTO

Inicialmente, ressalto a estima e a admiração que nutro pelo Eminentíssimo Relator, Desembargador Federal André Nekatschalow, de quem ousou divergir nos seguintes termos.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu Paulo Soares Brandão, Rosecler Pereira Barbosa e Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

No caso dos autos, Paulo Soares Brandão foi denunciado pela prática do delito do art. 171, §3º, e do art. 333, parágrafo único, do Código Penal. Rosecler Pereira Barbosa e Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira foram denunciadas, respectivamente, pela prática do delito do art. 171, §3º e do art. 317, §1º, ambos do Código Penal.

Após regular instrução processual, sobreveio sentença que absolveu Paulo Soares Brandão, Joana Celeste Bonfiglio de Oliveira e Rosecler Pereira Barbosa dos delitos que lhes foram imputados, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que inexistem prova nos autos de que os réus sabiam da falsidade ideológica das declarações a respeito da beneficiária Sirlei Peres Preccaro. Assevera a sentença que a ex-servidora do INSS, Joana Celeste, sequer foi ouvida nos autos, que também há dúvidas sobre sua suposta conduta funcional irregular na concessão do benefício, bem como que o relatório elaborado no âmbito da Operação Ostrich é insuficiente para a prova da autoria delitiva. Em relação a Rosecler Pereira Barbosa, considerou o Juízo *a quo* ser provável que ela teria conhecimento da falsidade das declarações, já que a perícia indica que teria partido de seu punho o preenchimento de documentos contendo falsidade e que instruíram o pedido de benefício em questão, porém não há prova suficiente para a condenação. No que diz respeito aos delitos de corrupção passiva e ativa, afirmou o Juízo *a quo* que a denúncia é genérica e que não há prova de promessa ou troca de vantagens indevidas entre Paulo Soares Brandão e Joana Celeste. (ID 126832912, fls. 190/209).

A acusação postulou a reforma da sentença para condenação dos réus pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal.

Em seu voto, o E. Relator deu parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal para condenar Paulo Soares Brandão e Rosecler Pereira Barbosa pela prática do delito do art. 171, §3º, do Código Penal.

Com a devida vênia, dirijo para negar provimento ao recurso do Ministério Público Federal para manter a absolvição dos réus.

A materialidade delitiva restou comprovada nos autos pelos documentos que instruíram o processo administrativo bem como pelas declarações das testemunhas e interrogatórios dos acusados tanto em sede policial quanto em juízo.

O mesmo não se pode dizer quanto à autoria.

Consoante se verifica do conjunto probatório nenhum dos réus tiveram contato com a beneficiária Sirlei Peres Preccaro, conforme por ela mesmo relatado em sede policial e em juízo.

Na fase policial, Sirlei declarou que quem intermediou seu pedido de benefício previdenciário foi Ozélia. Em juízo, Sirlei disse, ainda, que uma pessoa lhe indicou uma mulher, que não se recorda o nome, para verificar acerca da possibilidade de obtenção de benefício de aposentadoria. A referida mulher levou vários papéis para assinar, fazendo-o sem ler.

A testemunha Davi Marques de Oliveira também declarou não conhecer Paulo Soares Brandão ou Joana Celeste Bonfiglio. Rosecler Pereira Barbosa era vizinha de sua mãe.

A testemunha Ozélia de Oliveira Nogueira negou conhecer a beneficiária Sirlei. Disse que ao receber a documentação dos segurados, as repassava a Paulo Thomaz de Aquino e este preenchia as declarações. Não conhece Rosecler ou Joana.

Rosecler não foi ouvida em juízo, contudo, na fase investigativa disse que preenchia os formulários do INSS já assinados pelos interessados a pedido de Paulo Thomaz de Aquino.

Joana Celeste também não foi ouvida tanto em juízo quanto em sede policial.

Por sua vez, Paulo Soares Brandão negou ter praticado a conduta delitiva e que o processo de Sirlei Peres Preccaro veio do intermediador Paulo Thomaz de Aquino. Atuava como procurador, pois tinha uma liminar que o autoriza a ingressar, sem agendamento e sem pegar fila, com processos administrativos em determinadas agências do INSS. Na Agência Vila Prudente, na qual esse caso aconteceu, a chefia direcionava o atendimento para alguns funcionários, para evitar tumulto. Não escolhia os funcionários que fariam seu atendimento. Acredita ter sido Joana Celeste a funcionária do INSS que atuou no processo administrativo de Sirlei Peres Preccaro. Na condição de advogado, analisava a documentação e a presença dos requisitos exigidos pela LOAS. Não conferia a veracidade das declarações, acredita que essa diligência compete ao INSS, que deveria mandar um assistente social ao local. Conheceu Joana Celeste por conta de seu trabalho, apenas. Nesse caso específico, figurou como procurador e nada recebeu, conforme a própria beneficiária afirmou em depoimento judicial. Não conhece Rosecler. Conhece Paulo Thomaz de Aquino porque ele trazia os processos para dar entrada no INSS. Não conhece as demais pessoas do escritório de Paulo Thomaz de Aquino.

Crível é a versão de Paulo Soares Brandão de que apenas recebia do intermediador Paulo Thomaz de Aquino a documentação já pronta para os requerimentos de benefício previdenciário, não conferindo seu conteúdo e autenticidade.

Como bem fundamentou a sentença recorrida, o fato de ele constar como procurador não comprova sua participação na fraude narrada na denúncia.

Quanto a Rosecler, a perícia indicou que o preenchimento dos documentos, que instruíram o pedido de benefício assistencial contendo a falsidade, partiu de seu punho. (ID 126832910 fls. 126/130).

A despeito destas informações, não há nos autos qualquer demonstração de que Rosecler, Paulo e Joana agiram em conluio neste caso, quer porque Rosecler não foi citada pela beneficiária ou outras testemunhas, quer por não haver demonstração, pelos elementos dos autos, do necessário liame entre eles, para a prática delitiva descrita pela denúncia.

De outro lado, a conduta de Joana resvala em uma conduta caracterizada pela negligência de quem não adotou as cautelas necessárias à concessão do amparo assistencial em questão. E como bem salientou o E. Relator, *Joana Celeste foi condenada no âmbito da Operação Gerocômio. (Autos n. 0000482-87.2012.403.6181). Ocorre que, em delação premiada, Joana Celeste afirmou ter iniciado sua prática criminoso em dezembro de 2011 (cf. consulta ao sistema informatizado do Tribunal). Os fatos narrados na presente ação penal ocorreram em abril de 2010, ou seja, em período anterior ao indicado por Joana Celeste como início de seu envolvimento em fraudes contra o INSS.*

Ainda, conforme bem apontado na r. sentença, não se pode considerar a autoria dos apelados com base na constatação de eventual culpabilidade e modus operandi dos acusados nas operações “Gerocômio” e “Ostrich”, que não fazem prova quanto ao fato específico tratado nestes autos.

O delito de estelionato exige para sua configuração a vontade livre e consciente de induzir ou manter a vítima em erro, com o fim específico de obter vantagem ilícita para si ou para outrem.

Deste modo, sendo prova entendida como sinônimo de certeza, no presente caso, verifica que as provas coligidas são insuficientes para constituir a certeza, sabendo-se que a condição essencial de toda condenação é a demonstração completa dos fatos arguidos.

Não havendo nos autos conjunto probatório apto a corroborar que Paulo Soares Brandão foi responsável por instruir o processo com os documentos contrafeitos ou que Rosecler e Joana tenham agido com o dolo de perpetrar a fraude, de rigor a manutenção da sentença absolutória.

Assim, as circunstâncias do caso não são de molde a afirmar categoricamente a inocência dos réus, embora, certamente, não se possa de igual modo, permitir afirmar a sua culpabilidade, prevalecendo em direito penal a máxima do *in dubio pro reo*.

Meros indícios, conjecturas ou juízos de probabilidade são insuficientes para firmar um decreto condenatório. Havendo conflito entre as versões apresentadas nos autos, há de ser observada a igualdade de tratamento das partes e o postulado constitucional da presunção da inocência, impondo-se a absolvição.

Nesse sentido, cumpre colacionar os seguintes precedentes:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. MATERIALIDADE COM PROVA DA AUTORIA NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. RECURSO DA DEFESA PROVIDO.

1. Materialidade sobejamente demonstrada.

2. Autoria não satisfatoriamente com prova da. O conjunto probatório existente nos autos não é satisfatório para ensejar a condenação. Absolvição do réu por força do princípio *in dubio pro reo*.

3. Sentença condenatória reformada. Recurso da defesa provido.

(Ap. 00089345420074036119, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2017)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. INDÍCIOS DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. *IN DUBIO PRO REO*. CABIMENTO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

A materialidade do delito restou devidamente demonstrada pelo conjunto probatório acostado aos autos. Inexistem provas seguras da autoria do delito. Documentos demonstram que as remessas de dinheiro para o exterior eram feitas em consonância com ordens expedidas e assinadas por pessoa diversa do réu. Para a imposição de juízo condenatório, é imprescindível a certeza da autoria do delito. Meros indícios ou conjecturas não bastam para um decreto condenatório. Aplicável, portanto, o princípio *in dubio pro reo*. Apelação do Ministério Público Federal a que se nega provimento.

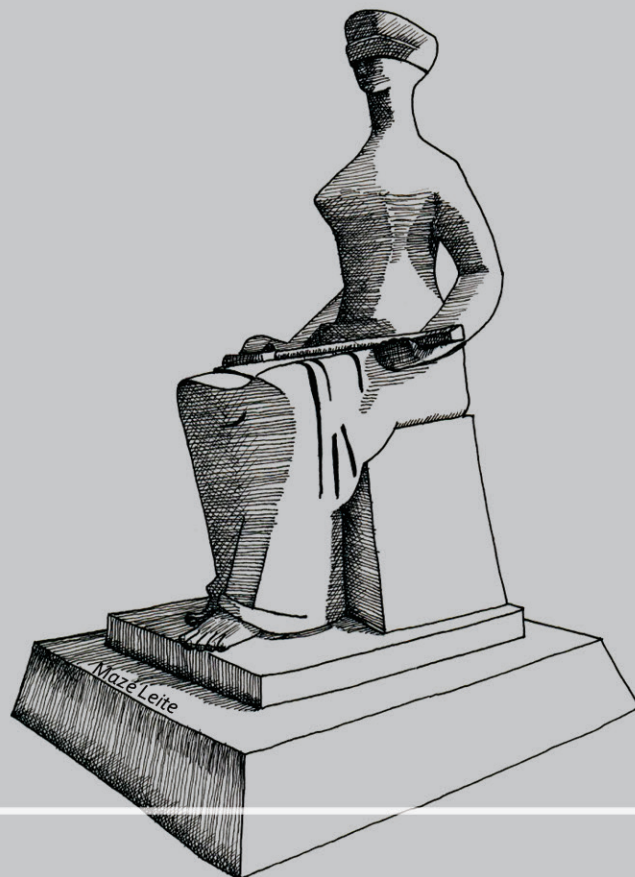
(ACR 00061375020064036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/03/2014)

Dessa forma, *após detida análise dos autos, divirjo do e. Relator e nego provimento ao apelo ministerial.*

É como voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL

0000046-33.2006.4.03.6119

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: SHEILA APARECIDA MOLINARI, CLAUDIO ALEXANDRE MOLINARI,
WAGNER ADALBERTO MOLINARI
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA. PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO. ART. 29, I E II DA LEI 8.213/91. APURAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO. TEMA 999 (STJ). REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. CÔMPUTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Sobre a decadência, pode-se extrair as seguintes conclusões: i) os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 estão sujeitos a prazo decadencial de dez anos contados de 01.08.1997, de modo que o direito do segurado de pleitear a sua revisão expirou em 01.08.2007; ii) os benefícios deferidos a partir de 28.06.1997 estão submetidos ao prazo decadencial de dez anos, contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira pr estação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. No presente caso, considerando que os benefícios objeto da revisão tiveram início em 05.09.2003 e 23.08.2004, e a presente ação foi ajuizada em 09.01.2006, não há que se falar em decadência.

2. A edição da Lei nº. 9.876/99 modificou a forma de cálculo dos benefícios, alterando a redação do artigo 29 da Lei nº. 8.213/91, de modo que o salário-de-benefício passou a ser obtido através da utilização da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário (no caso do art. 18, I, da Lei n 8.213/91).

3. Tanto no E. Supremo Tribunal Federal quanto no E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se pacificado o entendimento segundo o qual, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo do valor dos benefícios previdenciários deve ser realizado com base na legislação vigente à época em que foram cumpridas as exigências legais para a concessão do benefício.

4. Em decisões anteriores, acompanhando os posicionamentos da Primeira e Sexta Turmas do E. Superior Tribunal de Justiça, manifestei-me pela correção do procedimento da autarquia previdenciária, segundo o qual a renda mensal do benefício da parte autora deveria ser calculada de acordo com a legislação vigente à época da concessão, aplicando-se o disposto no artigo 3º da Lei 9.876/99, quando a filiação ao Regime Geral da Previdência Social for anterior ao advento da publicação do referido diploma legal, porém o implemento dos requisitos necessários à obtenção do benefício se verificar em data posterior.

5. Contudo, sobreveio recente decisão proferida pela Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, afetados como representativos de controvérsia, que fixou a seguinte tese: “*Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário*

de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.” (Tema 999 - STJ – Acórdãos publicados em 17.12.2019).

6. O artigo 96 da Lei nº 8.213/91, ao disciplinar a contagem recíproca de tempo de serviço, veda a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada quando concomitantes ou utilizados para concessão de aposentadoria por outro regime. No caso dos autos, no intervalo que compôs o período de cálculo dos benefícios, a autora não exerceu atividades concomitantes sujeitas a regimes previdenciários diversos, uma vez que exerceu o cargo de “Professora da Educação Básica I” no período de 01.09.1986 a 20.12.2002, conforme documento da Secretaria do Estado da Educação do Estado de São Paulo.

7. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante

8. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

9. Apelação desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento a apelação e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação previdenciária proposta por MARLY MARTINS RAMOS, sucedida por SHEILA APARECIDA MOLINARI E OUTROS em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a revisão de benefício por incapacidade, mediante o cômputo de salários de contribuição vertidos em regime próprio de previdência, qual seja, o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP, no período de 01.09.1986 a 21.12.2003, na função de Professora de Educação Básica I, não considerados pelo INSS.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido. Os benefícios da gratuidade da justiça foram deferidos (ID 122797461 - Pág. 114/119).

Contestação do INSS (ID 122797461 - Pág. 129/134).

Réplica (ID 122797461 - Pág. 153/ ID 122797462 - Pág. 4).

Sentença pela extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/1973 (ID 122797462 - Pág. 62/67).

No julgamento do recurso de apelação da parte autora, a r. decisão monocrática de ID 122797462 - Pág. 112/120, deu provimento ao recurso para anular a sentença e, presentes os requisitos do art. 515, §3º, do CPC, julgou procedente o pedido, para conceder a aposentadoria por tempo de contribuição.

A parte autora interpôs agravo legal, na qual sustenta, em síntese, a ocorrência de erro material, uma vez que postulou a revisão da renda mensal inicial dos benefícios por incapacidade, e não a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (ID 122797462 - Pág. 123/127).

A decisão de ID 122797462 - Pág. 143/146, em juízo de retratação, nos termos do art. 557, § 1º do CPC/1973 (art. 1.021, § 2º do CPC/2015), reconsiderou a r. decisão monocrática, anulou a r. sentença, e determinou o retorno dos autos à Vara de origem para regular processamento do feito, para que seja oportunizada à parte autora a apresentação do requerimento administrativo, no prazo de trinta dias.

Após regular tramitação do feito, foi prolatada nova sentença (ID 122797463 - Pág. 9/11), julgando parcialmente procedente o pedido, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, *“para condenar o INSS a promover a revisão da renda mensal inicial do NB 311502.126.147-5, mediante o cômputo das contribuições previdenciárias vertidas ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo relativas ao período de 01.09.1986 a 21.12.2003, considerando-se os salários-de-contribuição efetivamente comprovados nos autos (fis. 40/66 e 148/151), promovendo-se o recálculo da renda mensal inicial e pagando os valores referentes à diferença, desde a data de início do benefício”*.

Embargos de declaração opostos pela parte autora acolhidos, para indeferir o pedido de antecipação da tutela (ID 122797463 - Pág. 20/21).

Apelação do INSS (ID 122797463 - Pág. 27/38), na qual pugna, em síntese, pelo reconhecimento da decadência e, no mérito, pela reforma do julgado, com a improcedência do pedido. Subsidiariamente, requer a fixação do início do pagamento na DIB da revisão (29.12.2016), e a alteração dos consectários legais, na forma da Lei n. 11.960/2009.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): O artigo 103 da nº Lei 8.213/91, em sua redação original, nada dispunha acerca da decadência, prevendo apenas prazo de prescrição para a cobrança de prestações não pagas nem reclamadas na época própria:

“Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes (...)”.

Em 27.06.1997, a Medida Provisória nº 1523-9, convertida na Lei nº 9.528 de 10.12.1997, alterou a redação do dispositivo legal acima transcrito, passando, assim, este, a ter a seguinte redação:

“Art. 103. É de 10 anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único - Prescreve em 5 anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil (...).”

Em relação aos benefícios concedidos anteriormente ao advento da Medida Provisória nº 1.523/97, a orientação do STJ foi pacificada no sentido de que o prazo decadencial para sua revisão tem como termo inicial o da vigência da referida MP (28.06.1997), conforme se depreende do seguinte precedente:

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que [...] É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo (...).

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06).

3. Recurso especial provido (...). (REsp 1303988, Rel. Min. Teori Teori Albino Zavascki, DJE de 21.03.2012).

O entendimento acima transcrito decorre do fato de que a decadência constitui instituto de direito material, de modo que a norma que sobre ela dispõe não pode atingir situações constituídas anteriormente à sua vigência. Entretanto, isso não significa que o legislador esteja impedido de modificar o sistema normativo em relação ao futuro, até porque não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico. Dessa forma, a solução a ser adotada é afirmar que a nova disposição legal está apta a incidir sobre o tempo futuro, a contar de sua vigência.

De outro giro, a norma que altera a disciplina da decadência, com efeitos mais benéficos aos segurados, deve ser aplicada mesmo às hipóteses constituídas anteriormente à sua vigência, como é o caso da MP nº 138, de 19.11.2003, convertida na Lei nº 10.839/2004, que

restabeleceu o prazo de decadência para dez anos, que havia sido reduzido para cinco anos a partir da edição da MP nº 1.663-15/98, convertida na Lei nº 9.711/98.

Sendo assim, possível extrair as seguintes conclusões: a) os benefícios deferidos antes de 27 de junho de 1997 estão sujeitos a prazo decadencial de dez anos contados de 01.08.1997, de modo que o direito do segurado de pleitear a sua revisão expirou em 01.08.2007; b) os benefícios deferidos a partir de 28.06.1997 estão submetidos ao prazo decadencial de dez anos, contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POSTERIOR À ALTERAÇÃO DO ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91, IMPLEMMENTADA PELA MP 1.523-9/97. VERIFICAÇÃO DE DECADÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A redação original da Lei de Benefícios (8.213/91) não trazia prazo decadencial para que os segurados pleiteassem a revisão do ato de concessão de seus benefícios, de modo que, a qualquer instante, poderiam proceder a tal requerimento, fazendo ressurgir discussões sobre atos que, na maioria das vezes, tinham se aperfeiçoado há muito tempo.

2. Tal “lacuna”, entretanto, foi suprida por meio da MP 1.523-9/97, com início de vigência em 28.06.1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que inseriu o instituto da decadência nas relações jurídico-previdenciárias, através da modificação do texto do artigo 103 da Lei 8.213/91.

3. O prazo de decadência inicial de 10 (dez) anos foi diminuído, através da MP 1.663-15 de 22.10.1998, posteriormente convertida na Lei 9.711/98, para 5 (cinco) anos, sendo, posteriormente, restabelecido o prazo anterior, de 10 (dez) anos, através da MP 138 de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004.

4. Andou bem o legislador ao instituir no campo previdenciário o instituto da decadência, pois afastou deste ramo jurídico a insegurança então existente, iniciando-se a correr o prazo decadencial a partir da vigência da MP 1.523-9 em 28.06.1997.

5. O benefício de aposentadoria por invalidez foi concedido em 01 de março de 1999 e a presente ação, ajuizada em 11 de março de 2009, portanto, mais de dez anos após o início da contagem do prazo decadencial.

6. Apelação improvida (...). (TRF 5ª Região, AC 2009.84.00.002070-3, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, DJE de 30.04.2010, p. 115).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.

4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido (...). (STF, RE 626.489/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE de 22.09.2014).

No presente caso, considerando que os benefícios objeto da revisão tiveram início em 05.09.2003 e 23.08.2004, e a presente ação foi ajuizada em 09.01.2006, não há que se falar em decadência.

Do mérito.

A edição da Lei nº. 9.876/99 modificou a forma de cálculo dos benefícios, alterando a redação do inciso II do artigo 29 da Lei nº. 8.213/91, de modo que o salário-de-benefício passou a ser obtido através da utilização da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo:

“Artigo 29.

O salário-de-benefício consiste:

II - para os benefícios de que tratam as alíneas “a”, “d”, “e” e “h” do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondente a oitenta por cento de todo o período contributivo.”

Não obstante, a edição da referida Lei nº. 9.876/99 instituiu também, através de seu texto, uma regra de transição, conforme se verifica em seu artigo 3º:

“Art. 3º. Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo *decorrido desde a competência julho de 1994*, observado o disposto nos incisos I e II do *caput* do art. 29 da Lei nº 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.”

Tanto no E. Supremo Tribunal Federal quanto no E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se pacificado o entendimento segundo o qual, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo do valor dos benefícios previdenciários deve ser realizado com base na legislação vigente à época em que foram cumpridas as exigências legais para a concessão do benefício. No caso dos autos, o benefício foi concedido após a vigência da citada lei.

Assim sendo, a partir da entrada em vigor da Lei nº. 9.876/99 (29.11.1999), o cálculo dos benefícios para os segurados já filiados antes de sua vigência, deverá ser realizado com base na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência de julho de 1994.

Em decisões anteriores, acompanhando os posicionamentos da Primeira e Sexta Turmas do E. Superior Tribunal de Justiça, manifestei-me pela correção do procedimento da autarquia previdenciária, segundo o qual a renda mensal do benefício da parte autora deveria ser calculada de acordo com a legislação vigente à época da concessão, aplicando-se o disposto no artigo 3º da Lei 9.876/99, quando a filiação ao Regime Geral da Previdência Social for anterior ao advento da publicação do referido diploma legal, porém o implemento dos requisitos necessários à obtenção do benefício se verificar em data posterior. Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS POSTERIOR AO ADVENTO A LEI Nº 9.876/99. PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO.

1. Apenas se revela possível a inclusão, no período básico de cálculo - PBC, de todas as contribuições vertidas ao sistema, quando a filiação ao Regime Geral de Previdência Social ocorrer após a vigência da Lei n. 9.876/99.

2. Aos segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social em momento anterior, mas que vieram a cumprir os requisitos para a obtenção da aposentadoria após à vigência da Lei n. 9.876/99, aplica-se a regra de transição prevista no art. 3º desse mesmo diploma legal.
3. A teor do art. 3º da Lei n. 9.876/99, o período básico do benefício -PBC deve ter como marco inicial a competência julho de 1994, e “no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo”.
4. Agravo interno a que se nega provimento”. (AgInt no REsp 1.526.687/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 05/12/2017).

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO. LEI N. 8.213/91. LEI N. 9.876/99. REDAÇÃO DO ART. 3º. PERÍODO DE APURAÇÃO CORRESPONDENTE AO INTERREGNO ENTRE JULHO DE 1994 E A DER. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - Tratando-se de segurado filiado em momento anterior à edição da Lei n. 9.876/99, o período de apuração será o interregno entre julho de 1994 e a Data da Entrada do Requerimento - DER.

II - Agravo regimental improvido”. (AgRg no REsp 1065080/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 21.10.2014).

Contudo, sobreveio recente decisão proferida pela Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, afetados como representativos de controvérsia, que fixou a seguinte tese:

“Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.” (Tema 999 - STJ – Acórdãos publicados em 17.12.2019)

Desse modo, revejo posição adotada anteriormente, para acompanhar a tese estabelecida pela Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça (Tema 999).

Destarte, a parte autora faz jus à revisão do seu benefício previdenciário, para que seja aplicada a regra definitiva do art. 29, I e II da Lei nº 8.213/91, na apuração do seu salário de benefício, caso seja mais favorável do que a regra de transição estabelecida no art. 3º da Lei nº 9.876/99.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 201, § 9º, assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública para efeito de aposentadoria, assim como a compensação financeira entre os diversos regimes, na forma prevista em lei.

O artigo 94 da Lei n. 8.213/91, assim dispõe:

“Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente. § 1º A compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço, conforme dispuser o Regulamento.

§ 2º Não será computado como tempo de contribuição, para efeito dos benefícios previstos em regimes próprios de previdência social, o período em que o segurado contribuinte indi-

vidual ou facultativo tiver contribuído na forma do § 20 do art. 21 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, salvo se complementadas as contribuições na forma do § 30 do mesmo artigo”.

Por outro lado, o artigo 96 da Lei nº 8.213/91, ao disciplinar a contagem recíproca de tempo de serviço, veda a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada quando concomitantes ou utilizados para concessão de aposentadoria por outro regime.

No caso dos autos, no intervalo que compôs o período de cálculo dos benefícios, a autora não exerceu atividades concomitantes sujeitas a regimes previdenciários diversos, uma vez que exerceu o cargo de “Professora da Educação Básica I” no período de 01.09.1986 a 20.12.2002, conforme documento da Secretaria do Estado da Educação do Estado de São Paulo.

Portanto, a parte autora faz jus ao recálculo dos benefícios, nos termos do Art. 29, II, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.876/99, a fim de que a renda mensal inicial seja apurada com base nas oitenta por cento maiores contribuições, levando-se em conta os salários de contribuição do período compreendido de 01.09.1986 a 20.12.2002, junto à Secretaria do Estado da Educação do Estado de São Paulo.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “o termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve retroagir à data da concessão do benefício, uma vez que o deferimento da ação revisional representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado” (AgRg no AREsp 156.926/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 29/05/2012, DJe 14/06/2012). Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EFEITOS FINANCEIROS DO ATO REVISIONAL. TERMO INICIAL. DATA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No presente caso, inexistente a alegada violação do artigo 535 do CPC, pois o Tribunal de origem se manifestou de forma clara e suficiente acerca do termo inicial dos efeitos financeiros da revisão da renda mensal inicial.

2. O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão de benefício previdenciário deve retroagir à data da concessão, uma vez que o deferimento da ação revisional representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado.

Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 1423030/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 26.03.2014).

Observo que a correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Diante de todo o exposto, *nego provimento à apelação* e fixo, de ofício, os consectários legais.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000708-81.2015.4.03.6183

Apelantes: REINALDO ZACARIAS GOMES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. TENSÃO ELÉTRICA. AGENTES BIOLÓGICOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. I- Conforme a certidão de tempo de contribuição nº DBM-0028, expedida pela Polícia Militar do Estado de São Paulo em 29/1/13, o demandante exerceu o cargo efetivo de soldado de 4/2/86 a 11/5/92 (ID 118099957, p. 84/85). Sobre o reconhecimento de tempo de serviço exercido no Regime Próprio de Previdência Social observam os juristas Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, na obra “Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social”, que “[n]ão é o fato de a Lei de Benefícios disciplinar as normas gerais da contagem recíproca que torna o INSS responsável pela obrigação de certificar o tempo de vinculação do segurado nos outros regimes previdenciários. Com efeito, a simples reflexão sobre a existência de regimes previdenciários distintos induz a conclusão de que cada regime deverá certificar o tempo no qual o interessado esteve nele filiado, pois somente quem possui os assentos funcionais é que poderá promover a apuração do tempo de serviço público, sendo procedida a contagem recíproca apenas no momento em que o interessado requer o benefício, no regime em que será deferido, nos termos do disposto no art. 99 da Lei de Benefícios. Assim, não cabe ao INSS reconhecer o tempo de serviço ou de contribuição prestado em outros regimes” (14ª edição, São Paulo: Atlas, 2016, p. 523, grifos meus). Diante do exposto, se ao INSS é vedado reconhecer tempo de serviço prestado em outros regimes, também não cabe a ele manifestar-se a respeito de sua especialidade, motivo pelo qual deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas em regime próprio no período de 4/2/86 a 11/5/92, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

II- Não merece prosperar a alegação de cerceamento de defesa, tendo em vista que, *in casu*, os elementos constantes dos autos são suficientes para o julgamento do feito, sendo desnecessárias outras providências. Nesse sentido já se pronunciou esta E. Corte (AC nº 2008.61.27.002672-1, 10ª Turma, Relator Des. Fed. Sérgio Nascimento, v.u., j. 16/6/09, DJU 24/6/09). Cumpre ressaltar, ainda, que, em face do princípio do poder de livre convencimento motivado do juiz quanto à apreciação das provas, pode o magistrado, ao analisar o conjunto probatório, concluir pela dispensa de outras provas, conforme entendimento firmado pelo C. STJ no julgamento do AgRg no Ag. nº 554.905/RS, 3ª Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25/5/04, v.u., DJ 02/8/04.

III- No que se refere ao reconhecimento do tempo de serviço especial, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum*.

IV- Em se tratando do agente nocivo *tensão elétrica*, impende salientar que a atividade de eletricitário, exposto a tensão superior a 250 volts, estava prevista no quadro anexo do Decreto nº 53.831, de 25/3/64. Embora a eletricidade tenha deixado de constar dos Decretos nºs. 83.080/79 e 2.172/97, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em 14/11/12, no julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.306.113-SC (2012/0035798-8)*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, entendeu ser possível o reconhecimento como especial do trabalho exercido com exposição ao referido agente nocivo mesmo após a vigência dos mencionados Decretos.

V- A documentação apresentada permite o reconhecimento da atividade especial em parte do período pleiteado.

VI- No julgamento do *Recurso Especial Repetitivo da Controvérsia nº 1.727.063/SP (Tema 995)*, o C. STJ fixou a seguinte tese: “*É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir*”.

VII- Com relação à aposentadoria especial, houve o cumprimento dos requisitos previstos no art. 57 da Lei nº 8.213/91.

VIII- O termo inicial do benefício deve ser fixado “*na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício*”, conforme entendimento firmado pelo C. STJ no *Recurso Especial Repetitivo nº 1.727.063/SP*.

IX- A correção monetária e os juros moratórios devem incidir desde a data do vencimento de cada prestação. Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros*, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*).

X- A verba honorária fixada, no presente caso, à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado. Tendo em vista que o INSS não concordou com a reafirmação da DER, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do voto proferido no *Recurso Especial Repetitivo nº 1.727.063/SP (Tema nº 995)*: “*No caso, haverá sucumbência se o INSS opuser-se ao pedido de reconhecimento de fato novo, hipótese em que os honorários de advogado terão como base de cálculo o valor da condenação, a ser apurada na fase de liquidação, computando-se o benefício previdenciário a partir da data fixada na decisão que entregou a prestação jurisdicional.*”

XI- Na hipótese de a parte autora estar recebendo aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência em serviço, deve ser facultado ao demandante a percepção do benefício mais vantajoso, sendo vedado o recebimento conjunto, nos termos do art. 124 da Lei nº 8.213/91.

XII- Incabível a condenação do réu em custas, uma vez que a parte autora litigou sob o manto da assistência judiciária gratuita e não efetuou nenhuma despesa ensejadora de reembolso.

XIII- Processo parcialmente extinto, sem resolução de mérito, *ex officio*. Apelação do INSS prejudicada. Agravo retido improvido. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas em regime próprio no período de 4/2/86 a 11/5/92, por ilegitimidade passiva *ad causam*, ficando prejudicada a apelação do INSS, negar provimento ao agravo retido e dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em 5/2/15 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à *concessão da aposentadoria especial* desde a data do requerimento administrativo (29/8/13), mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades mencionadas na petição inicial. Requer, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

A parte autora interpôs agravo retido em razão do indeferimento da produção da prova pericial.

O Juízo *a quo* julgou *parcialmente procedente* o pedido, para reconhecer o caráter especial das atividades exercidas no período de 4/2/86 a 11/5/92, bem como fixar a sucumbência recíproca.

Inconformada, apelou a parte autora, requerendo, preliminarmente, a apreciação do agravo retido. No mérito, pleiteia o enquadramento, como especial, das atividades exercidas no período de 10/6/92 a 29/8/13, bem como a concessão da aposentadoria especial, acrescida de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20%.

A autarquia também recorreu, sustentando a improcedência do pedido.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Intimadas para se manifestar sobre a eventual ilegitimidade passiva *ad causam* do INSS no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período de 4/2/86 a 11/5/92, a parte autora sustentou “*que o INSS é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, também em relação ao período de reconhecimento de tempo especial decorrente do período da Policial Militar do Estado de São Paulo*” (ID 118099959, p. 91) e a autarquia nada requereu.

Por sua vez, a Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô afirmou que o demandante “*continuou exercendo a atividade de agente de segurança metroviária 1. nas mesmas condições descritas no PPP de fls. 78/80 do processo citado, durante o período de 03/01/2013*”

a 29/08/2013, com a ressalva de que durante tal período ainda fazia parte da equipe de intervenção diferenciada para casos de objetos suspeitos encontrados nas estações” (ID 118099959, p. 93).

A parte autora requereu, então, que “se ao analisar o pedido na DER original, esse E. Tribunal entender que não estão preenchidos os requisitos para concessão da aposentadoria especial, considerando que o Autor continuou exercendo a mesma atividade especial até emissão de novo PPP em 02/09/2017, requer-se a reafirmação da DER para essa data de acordo com o entendimento do STJ para conceder e determinar a implantação da aposentadoria especial” (ID 118099959, p. 104).

Após manifestação do INSS contrária à reafirmação da DER, retornaram os autos para julgamento.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Inicialmente, analiso a legitimidade passiva do INSS no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas como policial militar no período de 4/2/86 a 11/5/92.

Conforme a certidão de tempo de contribuição nº DBM-0028, expedida pela Polícia Militar do Estado de São Paulo em 29/1/13, o demandante exerceu o cargo efetivo de soldado de 4/2/86 a 11/5/92 (ID 118099957, p. 84/85).

Sobre o reconhecimento de tempo de serviço exercido no Regime Próprio de Previdência Social observam os juristas Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, na obra “Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social”, que “[n]ão é o fato de a Lei de Benefícios disciplinar as normas gerais da contagem recíproca que torna o INSS responsável pela obrigação de certificar o tempo de vinculação do segurado nos outros regimes previdenciários. Com efeito, a simples reflexão sobre a existência de regimes previdenciários distintos induz a conclusão de que cada regime deverá certificar o tempo no qual o interessado esteve nele filiado, pois somente quem possui os assentos funcionais é que poderá promover a apuração do tempo de serviço público, sendo procedida a contagem recíproca apenas no momento em que o interessado requer o benefício, no regime em que será deferido, nos termos do disposto no art. 99 da Lei de Benefícios. Assim, não cabe ao INSS reconhecer o tempo de serviço ou de contribuição prestado em outros regimes” (14ª edição, São Paulo: Atlas, 2016, p. 523, grifos meus).

Diante do exposto, se ao INSS é vedado reconhecer tempo de serviço prestado em outros regimes, também não cabe a ele manifestar-se a respeito de sua especialidade, motivo pelo qual deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas em regime próprio no período de 4/2/86 a 11/5/92, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Outrossim, não merece prosperar a alegação de cerceamento de defesa, tendo em vista que, *in casu*, os elementos constantes dos autos são suficientes para o julgamento do feito, sendo desnecessárias outras providências. Nesse sentido já se pronunciou esta E. Corte (AC nº 2008.61.27.002672-1, 10ª Turma, Relator Des. Fed. Sérgio Nascimento, v.u., j. 16/6/09, DJU 24/6/09).

Cumpra ressaltar, ainda, que, em face do princípio do poder de livre convencimento motivado do juiz quanto à apreciação das provas, pode o magistrado, ao analisar o conjunto probatório, concluir pela dispensa de outras provas, conforme entendimento firmado pelo C. STJ no julgamento do AgRg no Ag. n.º 554.905/RS, 3ª Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25/5/04, v.u., DJ 02/8/04.

Passo à análise do mérito.

No que se refere ao *reconhecimento da atividade especial*, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum* (Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.310.034-PR).

Quanto aos *meios de comprovação* do exercício da atividade em condições especiais, até 28/4/95, bastava a constatação de que o segurado exercia uma das atividades constantes dos anexos dos Decretos n.ºs 53.831/64 e 83.080/79. O rol dos referidos anexos é considerado meramente exemplificativo (Súmula n.º 198 do extinto TFR).

Com a edição da Lei n.º 9.032/95, a partir de 29/4/95 passou-se a exigir por meio de formulário específico a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

A Medida Provisória n.º 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei n.º 9.528 de 10/12/97, ao incluir o § 1º ao art. 58 da Lei n.º 8.213/91, dispôs sobre a necessidade da comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde do segurado por meio de laudo técnico, motivo pelo qual considerava necessária a apresentação de tal documento a partir de 11/10/96.

No entanto, a fim de não dificultar ainda mais o oferecimento da prestação jurisdicional, passei a adotar o posicionamento no sentido de exigir a apresentação de laudo técnico somente a partir 6/3/97, data da publicação do Decreto n.º 2.172, de 5/3/97, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Nesse sentido, quadra mencionar os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição n.º 9.194/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. em 28/5/14, v.u., DJe 2/6/14; AgRg no AREsp. n.º 228.590, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 18/3/14, v.u., DJe 1º/4/14; bem como o acórdão proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n.º 0024288-60.2004.4.03.6302, Relator para Acórdão Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, j. 14/2/14, DOU 14/2/14.

Por fim, observo que o art. 58 da Lei n.º 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória n.º 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei n.º 9.528 de 10/12/97, em seu § 4º, instituiu o *Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)*, sendo que, com a edição do Decreto n.º 4.032/01, o qual alterou a redação dos §§ 2º e 6º e inseriu o § 8º ao art. 68 do Decreto n.º 3048/99, passou-se a admitir o referido PPP para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. O art. 68 do Decreto n.º 8.123/13 também traz considerações sobre o referido PPP.

Devo salientar que o laudo (ou PPP) não contemporâneo ao exercício das atividades não impede a comprovação de sua natureza especial, desde que não tenha havido alteração expressiva no ambiente de trabalho.

Ademais, se em data posterior ao trabalho realizado foi constatada a presença de agentes nocivos, é de bom senso imaginar que a sujeição dos trabalhadores à insalubridade não era menor à época do labor, haja vista os avanços tecnológicos e a evolução da segurança do trabalho que certamente sobrevieram com o passar do tempo.

Quadra ressaltar, por oportuno, que o PPP é o formulário padronizado, redigido e fornecido pela própria autarquia, sendo que no referido documento não consta campo específico indagando sobre a *habitualidade e permanência* da exposição do trabalhador ao agente nocivo, diferentemente do que ocorria nos anteriores formulários SB-40, DIRBEN 8030 ou DSS 8030, nos quais tal questionamento encontrava-se de forma expressa e com campo próprio para aposição da informação. Dessa forma, não me parece razoável que a deficiência contida no PPP possa prejudicar o segurado e deixar de reconhecer a especialidade da atividade à minguada de informação expressa com relação à habitualidade e permanência.

Vale ressaltar que o uso de equipamentos de proteção individual - *EPI não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade*, a não ser que comprovada a real efetividade do aparelho na neutralização do agente nocivo, sendo que, em se tratando, especificamente, do agente ruído, não há, no momento, equipamento capaz de neutralizar a nocividade gerada pelo referido agente agressivo, conforme o julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC*, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux.

Observe, ainda, que a informação registrada pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a eficácia do EPI não tem o condão de descaracterizar a sujeição do segurado aos agentes nocivos. Conforme tratado na decisão proferida pelo C. STF na Repercussão Geral acima mencionada, a legislação previdenciária criou, com relação à aposentadoria especial, uma sistemática na qual é colocado a cargo do empregador o dever de elaborar laudo técnico voltado a determinar os fatores de risco existentes no ambiente de trabalho, ficando o Ministério da Previdência Social responsável por fiscalizar a regularidade do referido laudo. Ao mesmo tempo, autoriza-se que o empregador obtenha benefício tributário caso apresente simples declaração no sentido de que existiu o fornecimento de EPI eficaz ao empregado.

Notório que o sistema criado pela legislação é falho e incapaz de promover a real comprovação de que o empregado esteve, de fato, absolutamente protegido contra o fator de risco. A respeito, é precisa a observação do E. Ministro Luís Roberto Barroso, ao sustentar que “*considerar que a declaração, por parte do empregador, acerca do fornecimento de EPI eficaz consiste em condição suficiente para afastar a aposentadoria especial, e, como será desenvolvido adiante, para obter relevante isenção tributária, cria incentivos econômicos contrários ao cumprimento dessas normas*” (Normas Regulamentadoras relacionadas à Segurança do Trabalho).

Exata, ainda, a manifestação do E. Ministro Marco Aurélio, ao invocar o *princípio da primazia da realidade*, segundo o qual uma verdade formal não pode se sobrepor aos fatos que realmente ocorrem - sobretudo em hipótese na qual a declaração formal é prestada com objetivos econômicos.

Logo, se a legislação previdenciária cria situação que resulta, na prática, na inexistência de dados confiáveis sobre a eficácia ou não do EPI, não se pode impor ao segurado - que não concorre para a elaboração do laudo, nem para sua fiscalização - o dever de fazer prova da ineficácia do equipamento de proteção que lhe foi fornecido. Caberá, portanto, ao INSS o ônus de provar que o trabalhador foi totalmente protegido contra a situação de risco, pois não se pode impor ao empregado - que labora em condições nocivas à sua saúde - a obrigação de suportar individualmente os riscos inerentes à atividade produtiva perigosa, cujos benefícios são compartilhados por toda a sociedade.

Ressalto, adicionalmente, que a Corte Suprema, ao apreciar a Repercussão Geral acima mencionada, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de *prévia fonte de cus-*

teio para o direito à aposentadoria especial. O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar: “Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei n.º 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição”.

Quanto à *aposentadoria especial*, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, o benefício deve ser disciplinado pela lei vigente à época em que implementados os requisitos para a sua concessão, devendo ser observadas as disposições do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Cumprе ressaltar que, no cálculo do salário de benefício da aposentadoria especial, não há a incidência do fator previdenciário, tendo em vista o disposto no inc. II do art. 29 da Lei nº 8.213/91.

Passo à análise do caso concreto.

Inicialmente, com relação ao pedido de reafirmação da DER, observo que a parte autora continuou laborando na Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô após as datas do requerimento administrativo (29/8/13) e do ajuizamento da ação (5/2/15), bem como acostou aos autos Perfil Profissiográfico Previdenciário datado de 2/9/17.

Assim, não obstante a parte autora tenha pleiteado, na petição inicial, o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período de 10/6/92 a 29/8/13, verifico ser possível a análise do período especial até a data do PPP recente (2/9/17), uma vez que no julgamento do *Recurso Especial Repetitivo nº 1.727.063/SP (Tema 995)*, o C. STJ fixou a seguinte tese: “É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir”.

1) Período: 10/6/92 a 2/9/17.

Empresa: Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Atividades/funções: agente de segurança I, agente de segurança II, agente de segurança e agente de segurança metroviária I (segurança).

Agente(s) nocivo(s): tensão elétrica superior a 250 Volts (10/6/92 a 7/12/12) e agentes biológicos (11/9/07 a 2/9/17).

Enquadramento legal: Código 1.1.8 do Decreto nº 53.831/64. Código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64, código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79 e código 3.0.1 dos Decretos nº 2.172/97 e 3.048/99.

Provas: Perfis Profissiográficos Previdenciários - PPPs (ID 118099957, p. 80/82 e ID 118099959, p. 105/106), datados de 2/1/13 e 2/9/17, Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT (ID 118099957, p. 86, 127), datado de 3/6/13 e Laudo Técnico de Periculosidade (ID 118099958, p. 1/43), datado de 3/6/13.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 10/6/92 a 2/9/17, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a tensão elétrica acima do limite de tolerância e a agentes biológicos.

No mais, observo não ser razoável o entendimento de que a exposição ao agente nocivo tenha que se dar de forma ininterrupta, ao longo de toda a jornada de trabalho, de modo que o fato de os PPPs terem indicado a exposição *eventual* a tensão elétrica e a agentes biológicos não descaracteriza a habitualidade e a permanência da exposição. Ademais, como bem asseverou o E. Desembargador Federal Rogerio Favreto:

“A habitualidade e permanência do tempo de trabalho em condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física referidas no artigo 57, § 3º, da Lei 8.213/91 não pressupõe a exposição contínua ao agente nocivo durante toda a jornada de trabalho, devendo ser interpretada no sentido de que tal exposição deve ser ínsita ao desenvolvimento das atividades cometidas ao trabalhador, integrada à sua rotina de trabalho, e não de ocorrência eventual, ocasional. Exegese diversa levaria à inutilidade da norma protetiva, pois em raras atividades a sujeição direta ao agente nocivo se dá durante toda a jornada de trabalho, e em muitas delas a exposição em tal intensidade seria absolutamente impossível. A propósito do tema, vejam-se os seguintes precedentes da Terceira Seção deste Tribunal: EINF n.º 0003929-54.2008.404.7003, de minha relatoria, D.E. 24/10/2011; EINF n.º 2007.71.00.046688-7, Terceira Seção, Relator Celso Kipper, D.E. 07/11/2011” (TRF-4ªR, 5ª Turma, AC 5045454-18.2014.4.04.7100/RS, j. 16/5/17, vu., grifos meus).

Neste sentido, já decidiu o C. STJ, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. TEMPO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS. AMBIENTE HOSPITALAR. CONCEITOS DE HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA QUE COMPORTAM INTERPRETAÇÃO. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO QUALITATIVO. RISCO IMINENTE. AVALIAÇÃO DA REAL EFETIVIDADE E DA DEVIDA UTILIZAÇÃO DO EPI. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COMUM EM ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO BENEFÍCIO PRETENDIDO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. (...)

2. *A circunstância de o contato com os agentes biológicos não perdurar durante toda a jornada de trabalho não significa que não tenha havido exposição a agentes nocivos de forma habitual e permanente, na medida em que a natureza do trabalho desenvolvido pela autora, no ambiente laboral hospitalar, permite concluir por sua constante vulnerabilidade. Questão que se resolve pelo parâmetro qualitativo, e não quantitativo.*

3. Na hipótese, a instância ordinária manifestou-se no sentido de que, sendo evidente a exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa, não há como atestar a real efetividade do Equipamento de Proteção Individual - EPI. Rever esse entendimento, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice da Súmula 7/STJ.

4. (...)

5. Recurso especial do INSS parcialmente provido, para se afastar a pretendida conversão de tempo de serviço comum em especial.”

(STJ, 1ª Turma, REsp nº 1.468.401/RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, v. u., j. 16/3/17, DJe 27/3/17, grifos meus)

Em se tratando do agente nocivo *tensão elétrica*, impende salientar que a atividade de eletricitário, exposto a tensão superior a 250 volts, estava prevista no quadro anexo do

Decreto nº 53.831, de 25/3/64. Embora a eletricidade tenha deixado de constar dos Decretos nºs. 83.080/79 e 2.172/97, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em 14/11/12, no julgamento do *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.306.113-SC (2012/0035798-8)*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, entendeu ser possível o reconhecimento como especial do trabalho exercido com exposição ao referido agente nocivo mesmo após a vigência dos mencionados Decretos, tendo em vista que “*as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991).*”

Dessa forma, somando-se o período especial reconhecido nos presentes autos, perfaz o autor mais de 25 anos de atividade especial, motivo pelo qual faz jus à concessão da aposentadoria especial.

Tratando-se de segurado inscrito na Previdência Social em momento anterior à Lei nº 8.213/91, o período de carência é o previsto na tabela do art. 142 de referido diploma, o qual, no presente caso, foi em muito superado.

O termo inicial do benefício deve ser fixado “*na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício*”, conforme entendimento firmado pelo C. STJ no *Recurso Especial Repetitivo nº 1.727.063/SP*, tendo em vista que a parte autora não possuía 25 anos de atividade especial na data do requerimento administrativo.

A correção monetária e os juros moratórios devem incidir desde a data do vencimento de cada prestação.

Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros*, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que “*a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.*” Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: “*Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – INPC e IPCA-E tiveram variação muito próxima no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.*” (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (*Tema 810*) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*).

A verba honorária fixada à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado, nos termos do art. 85 do CPC/15 e precedentes desta Oitava Turma.

Tendo em vista que o INSS não concordou com a reafirmação da DER, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do voto proferido no *Recurso Especial Repetitivo nº 1.727.063/SP (Tema nº 995)*: “No caso, haverá sucumbência se o INSS opuser-se ao pedido de reconhecimento de fato novo, hipótese em que os honorários de advogado terão como base de cálculo o valor da condenação, a ser apurada na fase de liquidação, computando-se o benefício previdenciário a partir da data fixada na decisão que entregou a prestação jurisdicional.”

Na hipótese de a parte autora estar recebendo aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência em serviço, deve ser facultado ao demandante a percepção do benefício mais vantajoso, sendo vedado o recebimento conjunto, nos termos do art. 124 da Lei nº 8.213/91.

Incabível a condenação do réu em custas, uma vez que a parte autora litigou sob o manto da assistência judiciária gratuita e não efetuou nenhuma despesa ensejadora de reembolso.

Ante o exposto, de ofício, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, no tocante ao pedido de reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas em regime próprio no período de 4/2/86 a 11/5/92, por ilegitimidade passiva *ad causam*, ficando prejudicada a apelação do INSS, nego provimento ao agravo retido e dou parcial provimento à apelação da parte autora para reconhecer o caráter especial das atividades exercidas no período de 10/6/92 a 2/9/17 e conceder-lhe a aposentadoria especial a partir da “data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício”, acrescida de correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios na forma acima indicada.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0042199-66.2015.4.03.9999

Recorrente: AURORA DALVA MADEIRA

Recorrido: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2020

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela parte autora a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso merece admissão.

O acórdão recorrido, ao interpretar o artigo 32 da Lei nº 8.213/91, concluiu que, na hipótese de exercício de atividades concomitantes, deve ser considerada, como atividade principal, para fins de cálculo da renda mensal inicial, aquela em que o segurado atuou na maior parte de sua vida laborativa, ou seja, aquela que corresponda ao maior tempo de contribuição.

Tal conclusão, entretanto, diverge do entendimento acerca da matéria emanado da instância superior, a dizer que, em tais situações, deve ser considerada como atividade principal *“aquela que gerar maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial”*. Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROVENTOS PROPORCIONAIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRITÉRIO DE CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADES CONCOMITANTES. ATIVIDADE PRINCIPAL. MELHOR PROVEITO ECONÔMICO. VALOR DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA. ART. 32 DA LEI 8.213/1991. INAPLICABILIDADE AO CASO. ART. 29 DA LEI 8.213/1991 EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. OBSERVÂNCIA NO CASO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese de desempenho pelo segurado de atividades laborais concomitantes, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o segurado reuniu condições para concessão do benefício.

2. A peculiaridade do caso concreto consiste no fato de que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, tendo o título exequendo reconhecido o direito à aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, apurando-se o período básico de cálculo nos termos do art. 29 da Lei 8.213/1991, em sua redação original.

3. *Considerando que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser considerada como atividade principal, para fins de apuração do salário de benefício, aquela que gerar maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial.*

4. Não se mostra configurada afronta ao art. 32 da Lei 8.213/1991, na espécie, porque o segurado, no desempenho de atividades concomitantes, não preencheu em nenhuma delas todos os requisitos para obtenção da aposentadoria por tempo de serviço.

5. A lacuna deixada pelo legislador no art. 32 da Lei 8.213/1991 deve ser integrada pelos princípios que envolvem a ordem econômica e social previstas na Constituição, ambas fundadas

na valorização e no primado do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

6. Relativamente ao dissídio jurisprudencial, o recurso especial não pode ser conhecido pela alínea “c” em decorrência da ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

7. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.

(STJ, REsp 1311963/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 06/03/2014, grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROVENTOS PROPORCIONAIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRITÉRIO DE CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADES CONCOMITANTES. ATIVIDADE PRINCIPAL. MELHOR PROVEITO ECONÔMICO. VALOR DA TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA. ART. 32 DA LEI 8.213/1991. INAPLICABILIDADE AO CASO. ART. 29 DA LEI 8.213/1991 EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. OBSERVÂNCIA NO CASO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese de desempenho pelo segurado de atividades laborais concomitantes, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o segurado reuniu condições para concessão do benefício.

2. A peculiaridade do caso concreto consiste no fato de que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes. *Por isso que deve ser considerada como atividade principal, para fins de apuração do salário de benefício, aquela que gerar maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial.* Observância do julgamento em caso análogo ao presente, proferido no Recurso Especial 1.311.963/SC.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1412064/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014, grifos nossos)

Ante o exposto, ADMITO o recurso especial.

Int.

São Paulo, 21 de setembro de 2020.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA – Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL

0000759-56.2016.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: IRENE TRINDADE MODENEZI

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DA RMI. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. SEGURADO FACULTATIVO. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ARTIGO 28, IV E §5º, DA LEI 8.212/91. REDUÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA AO VALOR MÍNIMO POR OCASIÃO DO REINGRESSO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DA ESCALA DE SALÁRIO-BASE PELA LEI 9.876/99. APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

1 - Insurge-se o INSS contra a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, alegando que os salários-de-contribuição constantes do CNIS não são verossímeis, uma vez que não há prova de que a autora realmente tenha auferido tal rendimento como contribuinte individual nas respectivas competências.

2 - A renda mensal inicial do benefício deve ser regulada pela legislação vigente à época da aquisição do direito que, no caso vertente, coincide com o termo inicial estabelecido para a sua concessão (12/05/2008), em respeito ao princípio *tempus regit actum*. Precedente.

3 - A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez, portanto, será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício que, por sua vez, equivalerá à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, observados os patamares mínimo e máximo estabelecidos pelo artigo 33 da Lei n. 8.213/91.

4 - A controvérsia cinge-se aos valores dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo do salário-de-benefício.

5 - Compulsando os autos, constata-se que a embargada efetuou recolhimentos previdenciários, na condição de empregada, no período de 19/12/1973 a 09/11/1976. Após perder sua qualidade de segurada em 15/01/1978, ela reingressou na Previdência Social em maio de 2006, na condição de segurada facultativa - desempregada.

6 - Segundo a Lei de Custeio da Previdência Social vigente à época, o salário-de-contribuição do seguro facultativo corresponde ao valor por ele declarado, nos termos do artigo 28, IV, da Lei n. 8.212/91, observado o limite máximo da base de cálculo estipulado para a contribuição previdenciária.

7 - Assim, a discussão suscitada pela Autarquia Previdenciária, referente à ausência de comprovação do valor da remuneração na respectiva competência, se mostra inócua, uma vez que o segurado facultativo, por sua própria natureza, não exerce atividade remunerada.

8 - Por outro lado, a escala de salários-base não se aplica ao segurado facultativo desde a entrada em vigor da Lei n. 9.876/99, que revogou o artigo 29 da Lei n. 8.212/91,

razão pela qual não há outra limitação ao valor do salário-de-contribuição além daquela estabelecida no artigo 28, §5º, da Lei n.8.212/91, o qual foi respeitado pela parte embargada.

9 - Diante da ausência de ilegalidade nos recolhimentos previdenciários efetuados, não há como simplesmente desconsiderar seu valor para reduzir o valor da renda mensal do beneplácito ao salário mínimo.

10 - Na verdade, o que se depreende da leitura das peças processuais é que o INSS, inconformado com o resultado na demanda subjacente, sobretudo com o reconhecimento do direito à fruição do benefício por incapacidade pela autora, tenta subverter a forma de cálculo da RMI para, de alguma forma, neutralizar os efeitos daquela condenação.

11 - Não se pode ignorar as regras vigentes de cálculo da RMI do benefício, apenas porque o INSS não se conforma com a rejeição de sua tese de preexistência da incapacidade laboral durante a fase de conhecimento, que ainda se encontra em discussão na ação rescisória que tramita nesta Corte (Processo n. 0030253.58.2014.03.0000). A argumentação aqui por ele deduzida, relativa à necessidade de homologação pelo INSS do valor declarado pelo contribuinte individual como salário-de-contribuição, repise-se, não se aplica ao caso vertente, pois a embargada reingressou na Previdência Social como segurada facultativa.

12 - Se houve intenção maliciosa da demandante, ao se declarar segurada facultativa quando, na verdade, exercia atividade remunerada que a qualificaria como segurada obrigatória - autônoma, tal questão transcende, por óbvio, o escopo destes embargos, que se limitam a verificar se a conta embargada está de acordo com os limites objetivos da *res judicata*.

13 - Apelação do INSS desprovida.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelações interpostas pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação ajuizada por IRENE TRINDADE MODENEZI, em fase de execução.

A r. sentença, prolatada em 07/08/2015, julgou parcialmente procedentes os embargos, a fim de modificar os termos inicial e final dos atrasados para 12/05/2008 e 31/08/2010, respectivamente, fixando o *quantum debeatur*, atualizado para abril de 2015, em R\$ 194.265,35 (cento e noventa e quatro mil, duzentos e sessenta e cinco reais e trinta e cinco centavos). Reconhecida a sucumbência recíproca, determinou-se que as partes arcassem com as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Em suas razões recursais, o INSS pugna pela reforma da sentença, alegando, em síntese, que os valores dos salários-de-contribuição adotados na apuração da RMI estão incorretos, pois não há prova de que a autora, na condição de contribuinte individual, tenha tido tal rendimento nas respectivas competências. Por conseguinte, pede a redução da RMI para o valor de um salário mínimo mensal.

Devidamente processado o recurso, com contrarrazões, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

Verificada a persistência da controvérsia acerca dos valores apresentados pelas partes, foram encaminhados os autos ao Setor de Contadoria desta Corte.

Apresentado o parecer pelo órgão contábil auxiliar desta Corte, apenas o INSS se manifestou sobre o seu conteúdo.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

A execução embargada refere-se à cobrança das prestações atrasadas de benefício previdenciário.

O título executivo judicial, formado após o trânsito em julgado da decisão monocrática prolatada por esta Corte, ocorrido em 02/06/2014, condenou o INSS a implantar, em favor da autora, o benefício de aposentadoria por invalidez, pagando os atrasados, desde a data do requerimento administrativo (12/05/2008), acrescidos de correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios, arbitrados estes últimos em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula 111 do C. STJ, compensando-se, ainda, os valores recebidos administrativamente pela demandante, a título de benefício inacumulável, no período abrangido pela condenação.

Deflagrada a execução, a exequente apresentou conta de liquidação, posicionada para abril de 2015, na quantia de R\$ 217.533,34 (duzentos e dezessete mil, quinhentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos).

Ao opor embargos à execução do título judicial, o INSS alegou, em síntese, haver excesso decorrente da apuração equivocada da renda mensal inicial do benefício, bem como dos termos inicial e final dos atrasados adotados na conta embargada. Por conseguinte, requereu o acolhimento de sua conta de liquidação, na quantia de R\$ 28.199,20 (vinte e oito mil, cento e noventa e nove reais e vinte centavos), atualizados até abril de 2015.

Após o desenvolvimento da dialética processual, foi prolatada sentença de parcial procedência dos embargos.

Por conseguinte, insurge-se o INSS contra a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, alegando que os salários-de-contribuição constantes do CNIS não são verossímeis, uma vez que não há prova de que a autora realmente tenha auferido tal rendimento como contribuinte individual nas respectivas competências.

Cumprе ressaltar que, havendo divergência entre as contas apresentadas pelo embargante e pelo embargado, o magistrado pode valer-se de cálculos elaborados pelo auxiliar do Juízo, a fim de adequá-las ao título judicial ou afastar excesso de execução.

Outro não é o entendimento da Corte Superior, a teor do julgado que trago à colação:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ENVIO DOS AUTOS AO CONTADOR JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA NOS MOLDES LEGAIS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Embora a sistemática de execução de título judicial por cálculo do contador tenha sido abolida desde a reforma promovida pela Lei 8.898/94, transferindo-se ao exequente o ônus de indicar através de memória discriminada de cálculo o valor da execução, manteve-se a possibilidade do julgador de, se assim entender necessário, valer-se de cálculos elaborados pelo auxiliar do juízo para evitar excesso de execução, conforme previsão do art. 604, § 2º, do CPC, dispositivo que foi substituído pelo art. 475-B, § 3º do CPC (Lei 11.323/2005). Precedentes do STJ.

2. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente, o que no caso não ocorreu.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ - AGRG/ARESP 196616 - 2ª Turma - rel. Min. Mauro Campbell, DJe 06/11/2012)

Nesta Corte, o Contador Judicial reexaminou os cálculos apresentados pelas partes, explicando a disparidade nos valores apurados quanto à RMI conforme o trecho a seguir:

“(...) Portanto, caberia agora definir qual a correta RMI da aposentadoria por invalidez.

A análise poderá se enveredar pelos salários de contribuição comprovados nos autos ou, senão, atentar-se o porquê da segurada ter considerado esses salários de contribuição, assim como o INSS fez insistentemente nestes embargos à execução.

Levando-se em consideração os salários de contribuição constantes dos autos e, ainda, mantendo o fato do INSS ter efetuado a conversão de benefícios por incapacidade, neste caso, mantendo aqueles dos meses de 05/2006, 04/2007, 06/2007 e 07/2007, utilizados na implantação do auxílio-doença, isso implicaria que não haveria mácula em relação à RMI da aposentadoria por invalidez implantada pelo INSS de R\$ 2.986,60, conforme demonstrativo anexo.

Observa-se que o salário de contribuição de 08/2007 não adentrou na apuração do auxílio-doença, deste modo, mantendo a conversão de benefícios por incapacidade, porém, desta vez, utilizando também o aludido salário de contribuição, ainda assim, a RMI da aposentadoria por invalidez continuaria ser de R\$ 2.986,60, conforme demonstrativo anexo. Isso ocorre porque a média dos salários de contribuição corrigidos do auxílio-doença continua a superar o teto máximo de contribuição.

Uma terceira possibilidade, e mais plausível no que toca ao julgado, seria a de apurar a RMI da aposentadoria por invalidez diretamente em 12/05/2008 e não efetuar conversão de benefícios, pois a DIB da aposentadoria por invalidez foi fixada em 12/05/2008 e a DCB do auxílio-doença ocorreu em 10/04/2008.

Nestes termos, utilizando-se os salários de contribuição dos meses de 05/2006, 04/2007, 06/2007, 07/2007 e 08/2007, a RMI da aposentadoria por invalidez resultaria no valor de R\$ 3.038,99 (teto máximo), conforme demonstrativo anexo.

Desta forma, levando-se em consideração os salários de contribuição dos meses de 05/2006, 04/2007, 06/2007, 07/2007 e 08/2007 na forma como constam dos autos, conclui-se que o valor acolhido pela r. sentença dos embargos à execução (R\$ 194.265,35 em 04/2015, com honorários advocatícios) não excede os limites do julgado.

Por outro lado, em todo momento nestes embargos à execução o INSS bate forte na tecla de que os salários de contribuição dos meses de 05/2006, 04/2007, 06/2007, 07/2007 e 08/2007, consubstanciados pelos recolhimentos efetuados pela segurada, seriam fictícios.

Entendo que o pleito do INSS requer análise estritamente jurídica, senão vejamos.

A Lei nº 9.876/99 incluiu no artigo 28 da Lei nº 8.212/91 o inciso IV, que diz no que toca ao salário de contribuição: “para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º”.

A Lei nº 9.876/99, por outro lado, excluiu os seguintes parágrafos do artigo 29 da Lei nº 8.212/91: “...§ 2º O segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social como facultativo, ou em decorrência de filiação obrigatória cuja atividade seja sujeita a salário-base, será enquadrado na classe inicial da tabela... § 8º O segurado que deixar de exercer atividade que o incluir como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social e passar a contribuir como segurado facultativo, para manter essa qualidade, deve enquadrar-se na forma estabelecida na escala de salários-base em qualquer classe, até a equivalente ou a mais próxima da média aritmética simples dos seus seis últimos salários-de-contribuição, atualizados monetariamente...”.

Na mesma linha, o Decreto nº 3.265/99 incluiu no artigo 214 do Decreto nº 3.048/99 o inciso IV que diz em relação ao salário de contribuição: “para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observados os limites a que se referem os §§ 3º e 5º”. Na mesma linha, o Decreto nº 3.265/99 excluiu os seguintes parágrafos do artigo 215 do Decreto nº 3.048/99:

“... § 1º O segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social como facultativo, ou em decorrência do exercício de atividade cuja filiação é obrigatória e sujeita a salário-base, será enquadrado na classe inicial, exceto na hipótese prevista no § 8º... § 7º O segurado que deixar de exercer atividade que o inclua como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social e passar a contribuir como segurado facultativo, para manter essa qualidade, deverá enquadrar-se, na forma estabelecida na escala de salários-base, em qualquer classe, até a equivalente ou mais próxima da média aritmética simples dos seus seis últimos salários-de-contribuição, atualizados monetariamente na forma do § 13, devendo observar, para acesso às classes seguintes, os respectivos interstícios...”

Portanto, s.m.j., inexistente problema em relação aos salários de contribuição eleitos pela segurada (vinculados aos tetos máximos) (...). (g.n.)

Inicialmente, cumpre salientar que a renda mensal inicial do benefício deve ser regulada pela legislação vigente à época da aquisição do direito que, no caso vertente, coincide com o termo inicial estabelecido para a sua concessão (12/05/2008), em respeito ao princípio *tempus regit actum*. Neste sentido, reporto-me ao seguinte precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO DE FATO - RECONHECIMENTO - APRECIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL - CÁLCULO DA RMI - APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO MOMENTO DA AQUISIÇÃO DO DIREITO À APOSENTADORIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do art. 535 do CPC, são cabíveis os embargos de declaração para a modificação do julgado que se apresentar omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente na decisão.

2. No caso, há evidente erro material quanto à questão tratada nos autos.

3. *Tanto no Pretório Excelso quanto nesta Corte Superior de Justiça, encontra-se pacificado o entendimento segundo o qual, em homenagem ao princípio tempus regit actum, o cálculo*

do valor da aposentadoria deve ser realizado com base na legislação vigente à época em que restaram cumpridas as exigências legais para a concessão do benefício. Situação que não se confunde com a retroação da data de início do benefício.

4. Embargos de declaração acolhidos para apreciar e dar parcial provimento ao recurso especial.”

(STJ - EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1240190 / PR – 5ª Turma – Rel. Min. MOURA RIBEIRO, julgado em 18/6/2014, DJe 27/06/2014)

A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez, portanto, será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício que, por sua vez, equivalerá à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, observados os patamares mínimo e máximo estabelecidos pelo artigo 33 da Lei n. 8.213/91.

A controvérsia cinge-se aos valores dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo do salário-de-benefício.

O inconformismo do INSS, contudo, não comporta acolhimento.

Compulsando os autos, constata-se que a embargada efetuou recolhimentos previdenciários, na condição de empregada, no período de 19/12/1973 a 09/11/1976. Após perder sua qualidade de segurada em 15/01/1978, ela reingressou na Previdência Social em maio de 2006, na condição de segurada facultativa - desempregada.

Segundo a Lei de Custeio da Previdência Social vigente à época, o salário-de-contribuição do seguro facultativo corresponde ao valor por ele declarado, nos termos do artigo 28, IV, da Lei n. 8.212/91, observado o limite máximo da base de cálculo estipulado para a contribuição previdenciária.

Assim, a discussão suscitada pela Autarquia Previdenciária, referente à ausência de comprovação do valor da remuneração na respectiva competência, se mostra inócua, uma que vez o segurado facultativo, por sua própria natureza, não exerce atividade remunerada.

Por outro lado, a escala de salários-base não se aplica ao segurado facultativo desde a entrada em vigor da Lei n. 9.876/99, que revogou o artigo 29 da Lei n. 8.212/91, razão pela qual não há outra limitação ao valor do salário-de-contribuição além daquela estabelecida no artigo 28, §5º, da Lei n.8.212/91, o qual foi respeitado pela parte embargada.

Diante da ausência de ilegalidade nos recolhimentos previdenciários efetuados, não há como simplesmente desconsiderar seu valor para reduzir o valor da renda mensal do beneficiário ao salário mínimo.

Na verdade, o que se depreende da leitura das peças processuais é que o INSS, inconformado com o resultado na demanda subjacente, sobretudo com o reconhecimento do direito à fruição do benefício por incapacidade pela autora, tenta subverter a forma de cálculo da RMI para, de alguma forma, neutralizar os efeitos daquela condenação.

Não se pode ignorar as regras vigentes de cálculo da RMI do benefício, apenas porque o INSS não se conforma com a rejeição de sua tese de preexistência da incapacidade laboral durante a fase de conhecimento, que ainda se encontra em discussão na ação rescisória que tramita nesta Corte (Processo n. 0030253.58.2014.03.0000). A argumentação aqui por ele deduzida, relativa à necessidade de homologação pelo INSS do valor declarado pelo contribuinte individual como salário-de-contribuição, repise-se, não se aplica ao caso vertente, pois a embargada reingressou na Previdência Social como segurada facultativa.

Se houve intenção maliciosa da demandante, ao se declarar segurada facultativa quando, na verdade, exercia atividade remunerada que a qualificaria como segurada obrigatória - autônoma, tal questão transcende, por óbvio, o escopo destes embargos, que se limitam a verificar se a conta embargada está de acordo com os limites objetivos da *res judicata*.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação do INSS.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001279-56.2016.4.03.6138

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: NICE APARECIDA DA FONSECA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA GONÇALVES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. COMPROVAÇÃO DA INVALIDEZ ANTES DO ÓBITO. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. CONJECTÁRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Em decorrência do cânone *tempus regit actum*, resultam aplicáveis ao caso os ditames da Lei n. 8.213/1991 e modificações subsequentes até então havidas, reclamando-se, à outorga do benefício de pensão por morte, a concomitância de dois pressupostos, tais sejam, ostentação pelo falecido de condição de segurado à época do passamento e a dependência econômica, figurando dispensada a comprovação de carência (art. 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91).

- Comprovada a invalidez da parte autora anteriormente ao óbito do segurado falecido, e sendo presumida sua dependência econômica, é devido o benefício de pensão por morte. Precedentes.

- Sobre os valores em atraso incidirão correção monetária e juros de mora em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

- Diante da sucumbência recursal e da regra prevista no § 11 do art. 85 do NCPC, a verba honorária fixada na sentença deve ser acrescida de 2%.

- Apelo autárquico improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Batista Gonçalves:

Cuida-se de apelação autárquica, interposta em face de sentença, não submetida à remessa oficial, que julgou procedente o pedido de *pensão por morte*, desde a data do óbito – 03.12.2015, acrescidos de juros de mora e correção monetária. Condenou o instituto réu ao

pagamento de honorários advocatícios fixados no percentual mínimo, nos termos do art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil, incidente sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, observada a Súmula nº 111 do STJ.

Aduz o INSS, em síntese, a não comprovação da qualidade de dependente. Subsidiariamente, requer a aplicação da Lei nº 11.960/2009 no que tange à correção monetária e aos juros moratórios. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Batista Gonçalves:

Inicialmente, não se cuida de hipótese de submissão da r. sentença à remessa oficial.

De fato, o art. 496, § 3º, inciso I do Código de Processo Civil atual, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que a sentença não será submetida ao reexame necessário quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos, em desfavor da União ou das respectivas autarquias e fundações de direito público.

No caso dos autos, considero as datas do termo inicial do benefício e da prolação da sentença, em 05.02.2018. Atenho-me ao teto para o salário-de-benefício como parâmetro de determinação do valor da benesse. Verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Não sendo o caso de submeter o *decisum* à remessa oficial, passo à análise do recurso interposto, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no diploma processual.

Discute-se o direito da parte autora à concessão de benefício de *pensão por morte*.

Em decorrência do cânone *tempus regit actum*, tendo o falecimento do apontado instituidor, *Paulo Bento da Fonseca*, ocorrido em 03.02.2015, conforme certidão de óbito, resultam aplicáveis ao caso os ditames da Lei nº 8.213/1991 e modificações subsequentes até então havidas, reclamando-se, para a outorga da benesse pretendida, a concomitância de dois pressupostos, tais sejam, ostentação pelo falecido de condição de segurado à época do passamento e a dependência econômica que, no caso, goza de presunção relativa.

Confira-se, a propósito, a previsão legislativa sobre o tema, Lei n. 8.213 disciplinadora do benefício em destaque:

ART. 16.

São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada

ART. 74.

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; (Redação dada pela Lei nº 13.183, de 2015)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

ART. 77.

A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará: (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

(...)

V - para cônjuge ou companheiro: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

Dos pressupostos legalmente previstos para o implante da benesse vindicada, não há controvérsia acerca do óbito e da qualidade de segurado do falecido.

A controvérsia cinge-se em torno da condição de dependente da autora em relação ao falecido.

A relação de filiação entre o genitor falecido e a autora está comprovada pelos documentos acostados aos autos.

No que se tange à incapacidade, consta dos autos cópia da sentença de interdição, datada de 19.09.2006 e certidão de interdição, de 20.11.2006. A propósito, cumpre ressaltar

que a demandante recebe o benefício de aposentadoria por invalidez desde 26.09.2005 (NB 570.156.645-6), conforme o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais anexado aos autos.

Saliente-se que a comprovação da qualidade de cônjuge, companheiro ou de filiação são os únicos requisitos necessários para o reconhecimento da condição de dependentes do trabalhador, uma vez que há presunção legal da dependência econômica, que só cederia mediante a produção de robusta prova em sentido contrário, o que não restou demonstrado nos autos.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR INVÁLIDA. CUMULAÇÃO COM PENSÃO POR MORTE E APOSENTADORIA ORIUNDAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. ACÓRDÃOS PARADIGMAS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. COMPARAÇÃO INVIABILIZADA. DIVERGÊNCIA INEXISTENTE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LIMINARMENTE INDEFERIDOS.

I - Embargos de divergência indeferidos liminarmente diante da ausência de similitude fático-jurídica entre o acórdão embargado e o julgado paradigma.

II - No caso dos autos, o acórdão embargado entendeu que o direito à pensão mensal prevista no art. 215 c/c o art. 217, II, a, da Lei n. 8.112/90 não depende da comprovação de dependência econômica do servidor público falecido, todavia, consignou que a presunção de dependência econômica do filho inválido é relativa, admitindo prova em contrário. Assim, esclareceu-se que o acolhimento da tese do recurso especial encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, visto que demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos de modo a alterar a conclusão do Tribunal de origem de que ficou comprovada a ausência de dependência econômica.

III - No acórdão trazido como paradigma, por sua vez, ficou consignado ser possível a cumulação do benefício de pensão por morte com o de aposentadoria por invalidez e pensão por morte celetista, bem como ser desnecessária a comprovação da dependência econômica do filho inválido em relação ao de cujos.

IV - *Assim, fica claro que o acórdão embargado não difere na conclusão do julgado paradigma de que a lei não exige a comprovação de dependência econômica para o deferimento da pensão por morte ao filho maior inválido. Ao contrário, reconhece a presunção de dependência nesses casos. O que o acórdão embargado fixou foi o entendimento de que a presunção de dependência estabelecida no art. 217, II, a, da Lei n. 8.112/90 é relativa, cabendo prova em contrário.*

V - Nesse contexto, é patente a ausência de similitude entre os casos comparados, o que inviabiliza o conhecimento dos embargos. VI - Agravo interno improvido.

(AIAINTERESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - 1449938 2012.01.93035-9, FRANCISCO FALCÃO, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:04/12/2018 ..DTPB) – grifo nosso.

Assim sendo, patente a qualidade de dependente da autora, nos termos do artigo 16, I e §4º, da Lei n. 8.213/91. A propósito, reporto-me aos seguintes precedentes desta C. Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. A *DE CUJUS* ERA TITULAR DE APOSENTADORIA POR IDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. FILHO INVÁLIDO. AUTOR SUBMETIDO À PERÍCIA MÉDICA. INVALIDEZ RECONHECIDA AD-

MINISTRATIVAMENTE. INCAPACIDADE ADVINDA APÓS A EMANCIPAÇÃO E ANTERIORMENTE AO ÓBITO DA SEGURADA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

(...)

- Restou superado o requisito da qualidade de segurado do de cujus, uma vez que a *de cujus* era titular de aposentadoria por idade, cuja cessação decorreu de seu falecimento.

- *A condição de inválido do autor foi reconhecida na seara administrativa, porém, o indeferimento da pensão fundamentou-se no fato de esta haver eclodido após a emancipação.*

- *O perito do INSS fez constar em seu parecer haver o autor sofrido atropelamento, em 17/11/1989, decorrendo daí a sua incapacidade laborativa, com perda de parte da arcada dentária, sequelas de traumatismo cranioencefálico, com perda de olho, dentes e limitação intelectual. Contudo, concluiu não fazer jus à pensão por morte, em razão de a invalidez haver eclodido após a emancipação.*

- *A lei não exige que a invalidez deva existir desde o nascimento ou que tenha sido adquirida até aos 21 anos de idade para que o filho possa ser considerado beneficiário do genitor. O que a norma considera para estabelecer a relação de dependência é a invalidez, seja ela de nascença ou posteriormente adquirida. Precedente: TRF3, 10ª Turma, AC 2004.61.11.000942-9, Rel. Juiz Federal Convocado David Diniz, DJU 05.03.2008, p. 730.*

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

- Recurso adesivo da parte autora conhecido e provido em parte.

- Apelação do INSS provida parcialmente.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5450927-04.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 26/07/2019, Intimação via sistema DATA: 31/07/2019)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MAIOR INVÁLIDO.

- Pedido de pensão pela morte do genitor, formulado por filho maior inválido.

- O pai do autor recebia aposentadoria por invalidez por ocasião da morte. Não se cogita que ele não ostentasse a qualidade de segurado.

- O requerente comprova ser filho do falecido através de seus documentos de identificação, caso em que é dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida, até a data em que completar 21 anos de idade. Ultrapassada a idade limite, estabelecida na Lei de Benefícios, o autor que só poderia perceber a pensão por morte do pai se demonstrasse a condição de inválido.

- *A invalidez restou comprovada, eis que a própria Autarquia concedeu ao requerente aposentadoria por invalidez desde 2008, anos antes da morte do genitor. Destaque-se, ainda, a existência da documentação médica comprovando que o autor padece de enfermidades graves desde a puberdade, que presumivelmente dificultaram sua vida laboral, acabando por torna-la inviável, passando ele a receber aposentadoria por invalidez após longos períodos de recebimento de auxílio-doença.*

- *Foi comprovada a condição de inválido do requerente, iniciada antes da morte do pai, com quem o falecido residia. Justifica-se a presunção de dependência econômica em relação ao falecido.*

- *Preenchidos os requisitos legais para a concessão de pensão por morte, o direito que persegue o autor merece ser reconhecido.*

- Cuidando-se de prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 300 c.c. 497 do CPC, é possível a antecipação da tutela. Ciente a parte do decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no julgamento do RESP n.º 1.401.560/MT (integrada por embargos de declaração), processado de acordo com o rito do art. 543-C do CPC/73.

- Apelo da Autarquia improvido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5465020-69.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal TANIA REGINA MARANGONI, julgado em 24/06/2019, Intimação via sistema DATA: 28/06/2019)

Acresça-se que não importa, no caso, a idade da demandante, uma vez que a lei considera dependente o filho inválido, sendo irrelevante se a invalidez ocorreu antes ou após a chegada da maioridade; mister que tenha surgido antes do óbito.

Neste sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. IRMÃO MAIOR E INVÁLIDO. MORBIDADE PSÍQUICA - ESQUIZOFRENIA PARANOIDE. DOENÇA GRAVE - HIV. INVALIDEZ SUPERVENIENTE À MAIORIDADE. IRRELEVÂNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. EXCESSO DE PODER REGULAMENTAR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de demanda em que busca o autor, ora recorrente, a concessão de pensão previdenciária decorrente da morte de sua irmã.

2. O Tribunal *a quo* consignou: “(...) embora a parte autora tenha demonstrado que há relação de dependência com a de cujus, não comprovou sua invalidez no período anterior à maioridade” (fl. 485, e-STJ, grifo acrescentado).

3. No Direito brasileiro os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais - como Portarias e Resoluções - com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam, pois seria desperdício de tempo e papel, repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos. No que tange a essas normas administrativas, plenamente compatíveis com o regime constitucional brasileiro, cabe detalhar as obrigações e direitos estabelecidos na lei.

4. O artigo 108 do Decreto 3.048/1991 extrapolou o poder regulamentar, pois criou um requisito para a concessão do benefício de pensão por morte ao filho ou irmão inválido, qual seja: que a invalidez ocorra antes dos vinte e um anos de idade.

5. *É irrelevante o fato de a invalidez ter sido após a maioridade do postulante, uma vez que, nos termos do artigo 16, inciso III c/c parágrafo 4º, da Lei 8.213/91, é devida a pensão por morte, comprovada a dependência econômica, ao irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.*

6. *Alinhado a esse entendimento, há precedentes do STJ no sentido de que, em se tratando de dependente maior inválido, basta a comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do segurado. Nesse sentido: AgRg no AREsp 551.951/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/4/2015, e AgRg no Ag 1.427.186/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia filho, Primeira Turma, DJe 14/9/2012.*

7. *In casu*, a instituidora do benefício faleceu em 17 de junho de 2011 (fl. 370, e-STJ), a invalidez anterior à data do óbito (1.5.2001) e a dependência econômica do irmão foram reconhecidas pelo acórdão recorrido (fls. 484-485, e-STJ). Portanto, encontram-se preenchidos os requisitos legais para concessão do benefício pleiteado.

8. Recurso Especial provido.

(RESP 201502112750, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/03/2016 ..DTPB:.).

Em decorrência, preenchidos os requisitos, o deferimento do benefício vindicado é medida que se impõe, razão pela qual deve ser mantida a r. sentença neste aspecto.

Passo à análise dos consectários.

No tocante à correção monetária e os juros de mora, cumpre esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo a seguinte tese de repercussão geral: “ 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade-CRFB, art. 5º, XXII-, uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.”

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere à correção monetária e juros de mora não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso incidirão correção monetária e juros de mora em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, diante da sucumbência recursal e da regra prevista no § 11 do art. 85 do NCPC, a verba honorária fixada na sentença deve ser acrescida de 2%.

No tocante ao prequestionamento suscitado, assinalo não haver qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO AO APELO DO INSS*, explicitados os critérios de incidência da correção monetária e dos juros moratórios, nos termos da fundamentação.

Determino que independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora *Nice Aparecida da Fonseca* a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja o benefício de pensão por morte implantado de imediato, com data de início - DIB em *03.12.2015*, renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do Novo CPC.

É como voto.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0002685-38.2017.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: MARIA DAS DORES DAMIN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Relatora para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/09/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA - SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA - IRREGULARIDADE - AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CADÚNICO - QUESTÃO SUSCITADA EM RAZÕES DE APELO - NECESSIDADE DE REABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA - APELO PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

1. Os *benefícios por incapacidade*, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de *aposentadoria por invalidez* (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de *auxílio-doença* (art. 59). Assim, para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

2. No caso, embora a parte autora tenha comprovado, além da incapacidade definitiva para o trabalho, a condição de segurado e o cumprimento da carência exigida no artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91, o INSS, em sede de apelação, alega que houve irregularidades no recolhimento das contribuições como segurado facultativo de baixa renda, ante a ausência de inscrição da parte autora no CadÚnico.

3. Para o enquadramento do segurado na condição de contribuinte facultativo integrante de família de baixa renda, exige-se o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) não auferir renda própria; (ii) dedicar-se exclusivamente às atividades do lar; (iii) pertencer a família de baixa renda, sendo assim considerada aquela inscrita no CadÚnico e com renda mensal de até dois salários mínimos.

4. A inscrição no CadÚnico não pode ser a única forma de se comprovar a condição de baixa renda familiar, devendo ser considerado outros meios de prova. Precedentes do Egrégio TRF da 4ª Região.

5. De acordo com o Decreto nº 6.135/2007, que dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, o banco de dados, que se convencionou chamar de CadÚnico, pode subsidiar a concessão de benefícios previdenciários, mas não pode ser requisito obrigatório e indispensável para caracterização da condição de segurado (artigo 1º, parágrafo 2º).

6. A adesão ao CadÚnico ficou a critério dos Municípios (Decreto nº 6.135/2007, art. 6º). Como o universo de segurados da previdência social é muito mais amplo e atinge

todos os residentes no país, sem exclusão de pessoas que vivam em municípios que não aderiram ao CadÚnico, não faz sentido considerar essa inscrição como única forma de comprovação da baixa renda.

7. A Lei nº 8.212/91 traz como um dos requisitos o enquadramento do beneficiário como integrante de uma família de baixa renda. Por isso, a comprovação deste requisito legal não pode ser dispensada e deve ser comprovada por outros meios, como laudo social, inscrição em programas assistenciais diversos, dentre outros.

8. Irregularidade que só foram apontadas pelo INSS em sede de apelação não são suficientes para embasar a improcedência da ação, sob pena de se incorrer em cerceamento de defesa. Mais adequado, no caso, revela-se a desconstituição da sentença e a reabertura da fase de instrução, para assim propiciar à parte autora oportunidade para demonstração de que preenchia, ou não, os requisitos exigidos pela lei para autorizar o recolhimento da contribuição na condição de segurado facultativo de baixa renda, inclusive com a realização de estudo social.

9. Apelo parcialmente provido. Sentença desconstituída.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo NO JULGAMENTO, A SÉTIMA TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, SENDO QUE A DES. FEDERAL INÊS VIRGÍNIA, O DES. FEDERAL CARLOS DELGADO, O DES. FEDERAL TORU YAMAMOTO E O DES. FEDERAL NEWTON DE LUCCA DAVAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA REABERTURA DA FASE DE INSTRUÇÃO PARA JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS OU REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL SOBRE A EFETIVA CONDIÇÃO DA PARTE COMO SEGURADA FACULTATIVA DE BAIXA RENDA. LAVRARÁ O ACÓRDÃO A DES. FEDERAL INÊS VIRGÍNIA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de ação objetivando a concessão da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

A sentença prolatada em 30/05/2016 julgou procedente o pedido para condenar a autarquia a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data da citação, com acréscimo de 25% sobre o benefício. As parcelas em atraso serão acrescidas de juros de mora no percentual estabelecido para a caderneta de poupança; correção monetária pelo INPC de 11/08/2006 até 30/06/2009; após incidirá a TR até 25/03/2015 quando, então, deverá incidir o IPCA-E. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença. Concedida a antecipação da tutela.

Apela o INSS sustenta, em síntese, que a parte autora não preenche os requisitos para concessão do benefício, em especial a qualidade de segurado. Ressalta que as contribuições efetivadas pela segurada na qualidade de facultativo – baixa renda – não foram validadas junto ao CadÚnico.

Com contrarrazões, subiram os autos.
É o relatório.

VOTO

Considerando que a sentença se enquadra entre as hipóteses de exceção de submissão ao reexame necessário previstas nos § 3º e 4º do artigo 496 do CPC/2015, restrinjo o julgamento apenas à insurgência recursal.

A Lei nº 8.213/91, no artigo 42, estabelece os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, quais sejam: qualidade de segurado, cumprimento da carência, quando exigida, e moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/91, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

É dizer: a incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que garanta a subsistência enseja a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez; a incapacidade total e temporária para o exercício de atividade que garanta a subsistência justifica a concessão do benefício de auxílio-doença e a incapacidade parcial e temporária somente legitima a concessão do benefício de auxílio-doença se impossibilitar o exercício do labor ou da atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias pelo segurado.

A condição de segurado (obrigatório ou facultativo) decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes.

O artigo 15 da Lei nº 8.213/91 dispõe sobre as hipóteses de manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições; trata-se do denominado período de graça, durante o qual remanesce o direito a toda a cobertura previdenciária. Também é considerado segurado aquele que trabalhava, mas ficou impossibilitado de recolher contribuições previdenciárias em razão de doença incapacitante.

Nesse passo, acresça-se que no que toca à prorrogação do período de graça ao trabalhador desempregado, não obstante a redação do §2º do artigo 15 da Lei nº. 8.213/1991 mencionar a necessidade de registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social para tanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Incidente de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (Pet. 7.115), firmou entendimento no sentido de que a ausência desse registro poderá ser suprida quando outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal, se revelarem aptas a comprovar a situação de desemprego.

A perda da qualidade de segurado está disciplinada no §4º desse dispositivo legal, ocorrendo no dia seguinte ao do término do prazo para recolhimento da contribuição referente ao mês de competência imediatamente posterior ao final dos prazos para manutenção da qualidade de segurado.

Depreende-se, assim, que o segurado mantém essa qualidade por mais um mês e meio após o término do período de graça, independente de contribuição, mantendo para si e para os seus dependentes o direito aos benefícios previdenciários.

Anote-se que a eventual inadimplência das obrigações trabalhistas e previdenciárias acerca do tempo trabalhado como empregado deve ser imputada ao empregador, responsável tributário, conforme preconizado na alínea a do inciso I do artigo 30 da Lei nº 8.213/91, não sendo cabível a punição do empregado urbano pela ausência de recolhimentos, computando-se, assim, o período laborado para fins de verificação da qualidade de segurado.

Por fim, quanto à carência, exige-se o cumprimento de 12 (doze) contribuições mensais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, conforme prescreve a Lei n.º 8.213/91, em seu artigo 25, inciso I, *in verbis*: “Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”.

No caso concreto.

A autora, atividades domésticas e autônoma, 68 anos na data da perícia, afirma ser portadora de Alzheimer, estando incapacitada para o trabalho.

O laudo pericial médico elaborado em 05/12/2014, complementado em 22/02/2016 e 01/03/2016, atesta que a autora é portadora de demência na doença de Alzheimer. Ao exame psíquico a autora apresenta-se apática e lentificada, discurso e pensamento incoerentes, não consegue responder com lógica aos questionamentos, memória de fixação e recente comprometidas, ausência de juízo crítico. Iniciou tratamento neurológico há 6 meses, em uso de medicações, sem, contudo, obter melhora de sua condição. Necessita de supervisão de terceiros continuamente. Conclui pela incapacidade total e permanente para atividades laborativas. Estabelece como início da incapacidade e início da doença em outubro/2013.

O extrato do sistema Dataprev (fls.142/148.pdf) indica a existência de recolhimentos previdenciários, como autônomo/empregado doméstico, no período de 01/06/1998 a 31/12/2001; e que a autora reingressou ao sistema dez anos depois efetuando recolhimentos como facultativo (LC123), de forma descontínua, no período de 01/08/2011 a 30/06/2016.

No que concerne ao preenchimento dos requisitos de qualidade de segurada, depreende-se da documentação carreada aos autos que no período de 01/08/2011 a 30/06/2016 a parte autora recolheu contribuição previdenciária na condição de contribuinte facultativo de baixa renda, com alíquota reduzida.

A norma previdenciária vigente prevê que é possível filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social vertendo contribuição previdenciária com alíquota de 5% sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição, desde que o contribuinte não possua renda própria, que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, e que pertença à família de baixa renda (art. 21, § 2º, II, b da Lei 8212/91).

Quanto à condição de baixa renda o § 4º do art. 21 da Lei n. 8212/91 preconiza que: “Considera-se de baixa renda, para os fins do disposto na alínea b do inciso II do § 20 deste artigo, a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico cuja renda mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos”.

No caso dos autos, os recolhimentos efetuados pela autora na condição de segurada facultativa de baixa renda não tiveram sua regularidade comprovada e, portanto, não podem ser computados para fins de carência.

Considerando o último recolhimento válido efetuado em 31/12/2001, a toda evidência não ostentava mais a qualidade de segurada no momento do requerimento administrativo, em 08/05/2014.

Desta forma, resta incabível a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Inverto o ônus da sucumbência e condeno a parte autora ao pagamento de honorários de advogado, que ora fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado, cuja exigibilidade fica condicionada à hipótese prevista no artigo 98, §3º do CPC/2015.

Considerando o não provimento do recurso, de rigor a aplicação da regra do §11 do artigo 85 do CPC/2015, pelo que condeno a apelante, a título de sucumbência recursal, ao pagamento de honorários de advogado ao INSS, arbitrados em 2% do valor da condenação, observados os termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e os efeitos da justiça gratuita concedida.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA: A par do respeito e da admiração que nutro pelo Ilustre Relator, dele divirjo.

Os *benefícios por incapacidade*, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (artigo 25, inciso I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de *aposentadoria por invalidez* (artigo 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de *auxílio-doença* (artigo 59).

No tocante ao auxílio-doença, especificamente, vale destacar que se trata de um benefício provisório, que cessa com o término da incapacidade, no caso de ser temporária, ou com a reabilitação do segurado para outra atividade que lhe garanta a subsistência, se a incapacidade for definitiva para a atividade habitual, podendo, ainda, ser convertido em aposentadoria por invalidez, caso o segurado venha a ser considerado insusceptível de reabilitação.

Em relação à carência, nos termos do artigo 26, inciso II, da Lei nº 8.213/91, dela está dispensado o requerente nos casos em que a incapacidade é decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, ou ainda das doenças e afecções elencadas no artigo 151 da mesma lei.

Como se vê, para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, o exame realizado pelo perito oficial, concluiu que a parte autora está incapacitada de forma total e permanente para o exercício da atividade laboral, como se vê do laudo oficial.

E, nesse ponto, não há controvérsia, pois o inconformismo do INSS se restringe à alegação de que a parte autora não comprovou a sua condição de segurada, em razão da irregularidade dos recolhimentos.

Ocorre que restou demonstrado, nos autos, que a parte autora é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) contribuições, exigida pelo artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91, como se vê dos documentos constantes de fls. 95/98 (extrato CNIS).

Constam, desse documento, vários recolhimentos, os últimos deles realizados como segurado facultativo nas competências 08/2011 a 05/2012 e 07/2012 a 03/2016.

Se houve irregularidades no recolhimento das contribuições, deveria o INSS, no momento oportuno, ter levantado a questão, o que não ocorreu, pois ela só foi trazida, aos autos, em sede de apelação.

Por outro lado, não é suficiente a alegação de ausência de inscrição no CadÚnico ou de inscrição desatualizada para se desconsiderar os recolhimentos efetivamente realizados pela parte autora.

Com efeito, dispõe o artigo 21 da Lei nº 8.212/91:

“Art. 21. A alíquota de contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo será de vinte por cento sobre o respectivo salário-de-contribuição.

.....

§ 2º No caso de opção pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a alíquota de contribuição incidente sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição será de:

.....

II - 5% (cinco por cento):

.....

b) do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda.

.....

§ 4º Considera-se de baixa renda, para os fins do disposto na alínea b do inciso II do § 2º deste artigo, a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico cuja renda mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos.”

Como se vê, para o enquadramento do segurado na condição de contribuinte facultativo integrante de família de baixa renda, exige-se o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) não auferir renda própria; (ii) dedicar-se exclusivamente às atividades do lar; (iii) pertencer a família de baixa renda, sendo assim considerada aquela inscrita no CadÚnico e com renda mensal de até dois salários mínimos.

Há dois posicionamentos diferentes do exarado pelo ilustre relator, que prestigiam o enquadramento do segurado na condição de contribuinte facultativo de baixa renda: 1) o que considera que o CadÚnico não é o único meio de aferir a condição de família de baixa renda e propicia a realização de outros meios de prova, entre eles, o estudo social (jurisprudência do TRF4); e 2) o que considera que a parte autora, não tendo sido informada da irregularidade do recolhimento e tendo efetivamente recolhido a contribuição, deve ser declarada segurada da Previdência, sob pena de ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana (jurisprudência do TRF2).

Entendo mais adequada a posição jurisprudencial que considera que o CadÚnico não pode ser a única de comprovação da baixa renda familiar, já que, de acordo com o Decreto nº 6.135/2007, que dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, o banco de dados, que se convencionou chamar de CadÚnico, pode subsidiar a concessão de benefícios previdenciários, mas não pode ser requisito obrigatório e indispensável para caracterização da condição de segurado. Nesse sentido, diz o texto normativo:

“Art. 1º. O Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal reger-se-á pelas disposições deste Decreto.

Art. 2º. O Cadastro Único para Programas Sociais - CadÚnico é instrumento de identificação e caracterização sócio-econômica das famílias brasileiras de baixa renda, a ser obrigatoriamente utilizado para seleção de beneficiários e integração de programas sociais do Governo Federal voltados ao atendimento desse público.

§ 1º A obrigatoriedade de utilização do CadÚnico não se aplica aos programas administrados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.” (grifos nossos)

Soma-se à previsão de uso facultativo do CadÚnico pelo INSS, o disposto no art. 6º, do mesmo Decreto, que reconhece que a adesão ao CadÚnico fica a critério dos Municípios. Ou seja, é possível que um Município não adira a este banco de dados gerido pelo governo federal. Reza o artigo em comento:

“Art. 6º. O cadastramento das famílias será realizado pelos Municípios que tenham aderido ao CadÚnico, nos termos estabelecidos pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, observando-se os seguintes critérios:

I - preenchimento de modelo de formulário estabelecido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome;

II - cada pessoa deve ser cadastrada em somente uma família;

III - o cadastramento de cada família será vinculado a seu domicílio e a um responsável pela unidade familiar, maior de dezesesseis anos, preferencialmente mulher;

IV - as informações declaradas pela família serão registradas no ato de cadastramento, por meio do formulário a que se refere o inciso I, devendo conter informações relativas aos seguintes aspectos, sem prejuízo de outros julgados necessários:

a) identificação e caracterização do domicílio;

b) identificação e documentação civil de cada membro da família;

c) escolaridade, participação no mercado de trabalho e rendimento.

§ 1º. Famílias com renda superior a que se refere o art. 40, inciso II, poderão ser incluídas no CadÚnico, desde que sua inclusão esteja vinculada à seleção ou ao acompanhamento de programas sociais implementados por quaisquer dos três entes da Federação.

§ 2º. O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome expedirá normas para o cadastramento de famílias que estejam ao abrigo de instituições ou que não possuam domicílio fixo.” (grifos nossos)

Como o universo de segurados da previdência social é muito mais amplo e atinge todos os residentes no país, sem exclusão de pessoas que vivam em municípios que não aderiram ao CadÚnico, não faz sentido considerar essa inscrição como única forma de comprovação da baixa renda.

Ao mesmo tempo, a Lei nº 8.212/91 traz como um dos requisitos o enquadramento do beneficiário como integrante de uma família de baixa renda. Por isso, a comprovação deste requisito legal não pode ser dispensada e deve ser comprovada por outros meios, como laudo social, inscrição em programas assistenciais diversos, dentre outros.

Nesse sentido, há farta jurisprudência dos tribunais reconhecendo a possibilidade de comprovação da baixa renda familiar por outros meios além da inscrição no CadÚnico, sendo este o posicionamento predominante no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme julgados abaixo colacionados:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUIÇÃO RECOLHIDOS NA CONDIÇÃO DE SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA. REQUISITOS. INCAPACIDADE. COMPROVAÇÃO.

1. Quatro são os requisitos para a concessão do benefício em tela: (a) qualidade de segurado do requerente; (b) cumprimento da carência de 12 contribuições mensais; (c) superveniência de moléstia incapacitante para o desenvolvimento de qualquer atividade que garanta a subsistência; e (d) caráter definitivo/temporário da incapacidade.

2. A parte autora efetuou recolhimento de contribuições previdenciárias na condição de Segurado Facultativo de Baixa Renda, embora não inscrita no CadÚnico. *A inscrição junto ao Cadastro Único - CadÚnico do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome é*

dispensável quando provocados os demais requisitos, por se tratar de formalidade que não pode ser tomada como impedimento ao reconhecimento do direito.

3. Hipótese em que restou comprovada a qualidade de segurada.

(TRF4, AC 5015717-61.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 01/08/2019) (grifos nossos)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS. QUALIDADE DE SEGURADO. SEGURADA FACULTATIVA DE BAIXA RENDA. INCAPACIDADE LABORAL. CARÊNCIA. TERMO INICIAL. DATA DA DER. CONECTÁRIOS LEGAIS. PRECEDENTE DO STF NO RE Nº 870.947. TUTELA ANTECIPADA.

1. O segurado portador de enfermidade que o incapacita total e temporariamente tem direito à concessão do auxílio-doença desde em que constatada a incapacidade laboral.

2. O recolhimento no código 1929, no montante de 5% do salário mínimo, instituído pela Lei nº 12.470/2011, é destinado apenas aos contribuintes facultativos sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência e que pertençam à família de baixa renda.

3. *Conforme a jurisprudência desta Corte, a inexistência de inscrição no CadÚnico não obsta, por si só, o reconhecimento da condição de segurado facultativo de baixa renda, tendo em vista que tal inscrição constitui requisito meramente formal, de modo que, estando demonstrado que a família do segurado efetivamente é de baixa renda e que este não possui renda própria, está caracterizada a sua condição de segurado facultativo de baixa renda.*

4. Esta Turma firmou entendimento no sentido de que, evidenciado que a incapacidade laboral já estava presente quando do pedido na via administrativa, mostra-se correta a fixação do termo inicial do benefício previdenciário em tal data.

5. Critérios de correção monetária e juros de mora consoante precedente do STF no RE nº 870.947e do STJ no REsp nº 1.492.221/PR, DJe de 20-3-2018.

6. Confirmada a antecipação de tutela concedida pelo Juízo monocrático, pois presentes os requisitos exigidos para o deferimento da tutela de urgência seja na forma do CPC/73 ou no CPC/15. (TRF4 5044184-84.2017.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 09/10/2018) (grifos nossos)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS. QUALIDADE DE SEGURADO FACULTATIVO BAIXA RENDA. CONECTÁRIOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. LEI 11.960/2009. DIFERIMENTO PARA EXECUÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. Espécie não sujeita a reexame necessário, diante da regra do art. 496, § 3º, NCPC e do fato de que o proveito econômico da causa não supera 1.000 salários-mínimos, considerado o teto da previdência e o número máximo de parcelas auferidas na via judicial.

2. Quatro são os requisitos para a concessão do benefício em tela: (a) qualidade de segurado do requerente; (b) cumprimento da carência de 12 contribuições mensais; (c) superveniência de moléstia incapacitante para o desenvolvimento de qualquer atividade que garanta a subsistência; e (d) caráter definitivo/temporário da incapacidade.

3. A parte autora efetuou recolhimento de contribuições previdenciárias na condição de segurado facultativo de baixa renda, embora não inscrita no CadÚnico. *A inscrição junto ao cadastro Único - CadÚnico do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome é dispensável quando provocados os demais requisitos, por se tratar de formalidade que não pode ser tomada como impedimento ao reconhecimento do direito.*

4. Reconhecida a condição de segurada da autora, mantida a sentença que determina a concessão da aposentadoria por invalidez em seu favor, porquanto comprovada a incapacidade total e definitiva para o trabalho, desde a DER.

5. Deliberação sobre índices de correção monetária e taxas de juros diferida para a fase de cumprimento de sentença, a iniciar-se com a observância dos critérios da Lei 11.960/2009, de modo a racionalizar o andamento do processo, permitindo-se a expedição de precatório pelo valor incontroverso.

6. O INSS é isento do pagamento das custas no Foro Federal (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96) e na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, devendo, contudo, pagar eventuais despesas processuais, como as relacionadas a correio, publicação de editais e condução de oficiais de justiça (artigo 11 da Lei Estadual nº 8.121/85, com a redação da Lei Estadual nº 13.471/2010, já considerada a inconstitucionalidade formal reconhecida na ADI nº 70038755864 julgada pelo Órgão Especial do TJ/RS)

7. 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/88. (TRF4 5011756-15.2018.4.04.9999, QUINTA TURMA, Relator ALTAIR ANTONIO GREGÓRIO, juntado aos autos em 23/10/2019) (grifos nossos)

Havendo, assim, indícios de irregularidade, que só foram alegados em sede de apelação, não são suficientes para embasar a improcedência da ação, sob pena de se incorrer em cerceamento de defesa.

Revela-se, mais adequado, no caso, a desconstituição da sentença e a reabertura da fase de instrução, para propiciar a oportunidade para demonstração de que a parte autora preenchia, ou não, os requisitos exigidos pela lei para autorizar o recolhimento da contribuição na condição de segurado facultativo de baixa renda, inclusive com a realização de estudo social. Nesse sentido, confira-se:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA. ESTUDO SOCIOECONÔMICO. REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

Havendo fundada controvérsia sobre o enquadramento da parte autora como segurada facultativa de baixa renda, deve ser anulada a sentença para realização de estudo social.

(TRF4 5026044-02.2017.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator JOÃO BATISTA LAZZARI, juntado aos autos em 14/12/2018)

Ante o exposto, divergindo do voto do Ilustre Relator, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo, para desconstituir a sentença, determinando a remessa dos autos à Vara de origem para reabertura da fase de instrução para juntada de novos documentos ou realização de estudo social sobre a efetiva condição da parte como segurada facultativa de baixa renda.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora para o Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL
5007558-61.2018.4.03.6183

Apelantes: ADEMIR ANASTACIO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/09/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. APELAÇÃO CÍVEL. ATIVIDADE ESPECIAL. LICENÇA REMUNERADA. CURSO PROFISSIONALIZANTE. MENOR APRENDIZ. NÃO RECONHECIMENTO. AFASTAMENTO DE ESPECIALIDADE POR UTILIZAÇÃO DE EPI. INOCORRÊNCIA. CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO/PPP PARA PROVA DE ESPECIALIDADE. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

- A norma do art. 496 do NCPC, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que remetidos na vigência do CPC/73. Não conhecimento do reexame oficial.

- A jurisprudência desta Corte destaca a desnecessidade de contemporaneidade do PPP ou laudo técnico para que sejam consideradas válidas suas conclusões, tanto porque não há tal previsão em lei quanto porque a evolução tecnológica faz presumir serem as condições ambientais de trabalho pretéritas mais agressivas do que quando da execução dos serviços. Precedentes.

- O uso de equipamentos de proteção individual (EPIs), em regra, não afasta a configuração da atividade especial, uma vez que, ainda que minimize o agente nocivo, em geral não é capaz de neutralizá-lo totalmente. Assim, somente haverá de ser afastada a atividade especial se efetivamente restar comprovado, por prova técnica, a eficácia do EPI. Sobre o tema, o C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) *havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade*; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

- Nos termos do art. 65, parágrafo único, do Decreto 3.048/99, considera-se tempo de trabalho especial aquele referente ao afastamento decorrente de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que à data do afastamento o segurado estivesse exposto aos agentes nocivos.

- Não podem ser reconhecidos como especiais os períodos em que o segurado esteve em licença remunerada para frequência em curso profissionalizante na condição de

menor aprendiz por expressa ausência de previsão legal, embora seja reconhecida a contagem de tais períodos como de tempo comum.

- Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 22/04/2014, não há que se falar na ocorrência de prescrição quinquenal prevista no art. 103, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91, uma vez que não transcorridos mais de 5 anos desde o termo inicial do benefício.

- Com relação à correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, observado o entendimento firmado pelo STF no RE 870.947.

- Em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

- Sendo o valor da causa inferior a 200 salários mínimos, aplica-se o disposto no §3º, I, do art. 85, CPC, devendo os honorários sucumbenciais serem fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, de acordo com os critérios fixados no §2º: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado e o tempo exigido deste.

- A verba honorária foi fixada no patamar mínimo permitido pela legislação vigente, de forma que não seria possível, como pretende o INSS, a sua redução. Ademais, este patamar mostra-se adequado quando considerados os parâmetros mencionados acima, e é reiteradamente aplicado por esta Oitava Turma nas ações previdenciárias.

- Ademais, deve-se observar o disposto no enunciado da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça, pois referida Súmula é plenamente aplicável e válida. Assim, os honorários sucumbenciais estão limitados até a data da r. sentença.

- Reexame oficial não conhecido. Apelação do INSS a que se nega provimento. Apelação do autor a que se dá parcial provimento.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NÃO CONHECER do reexame oficial e NEGAR PROVIMENTO à apelação do INSS e DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu NÃO CONHECER do reexame necessário, NEGAR PROVIMENTO à apelação do INSS e DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Ademir Anastácio ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o enquadramento de períodos de atividade especial e a sua conversão

em tempo comum, para fins de concessão de aposentadoria especial ou, sucessivamente, por tempo de serviço.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido (ID 3729190), condenando o INSS ao cômputo dos períodos de 01/02/1979 a 31/01/1980, 01/12/1980 a 31/01/1981, 01/07/1981 a 31/07/1981, 01/07/1982 a 31/07/1982 e 03/12/1988 a 08/06/2010 como especiais, e determinando a revisão da renda mensal inicial – RMI do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, desde a DER (18/08/2010).

Não foi determinada a remessa necessária.

Apelou o autor (ID 3729200), alegando que devem ser reconhecidos os períodos de 01/08/1979 a 30/11/1979, 01/02/1980 a 30/06/1980, 01/08/1980 a 30/11/1980, 01/02/1981 a 30/06/1981, 01/08/1981 a 30/11/1981 e 01/02/1982 a 30/06/1982 como especiais, uma vez que esteve em licença remunerada para frequência em curso profissionalizante na condição de menor aprendiz, e que faz jus à aposentadoria especial. Ainda, requer a fixação do termo inicial do benefício na DER, que os honorários sucumbenciais não fiquem limitados até a data da r. sentença, por ser inaplicável a Súmula 111 do STJ e a aplicação de juros no interregno havido entre a data da conta e a inscrição do precatório/requisitório.

E o INSS (ID 3729202), alegando a necessidade de conhecimento de reexame necessário, a despeito da ausência de determinação da sentença neste sentido, a necessidade de laudo pericial para comprovar a atividade especial alegada pelo autor, a impossibilidade de reconhecimento da atividade especial por serem os PPPs / laudos técnicos extemporâneos aos períodos trabalhados, a necessidade de demonstração de habitualidade e permanência aos agentes nocivos, a ausência de fonte de custeio porque, com a utilização de EPI, deixou de ser pago adicional de insalubridade, base de cálculo da alíquota diferenciada de financiamento da aposentadoria especial, o afastamento da especialidade do trabalho em razão da utilização de EPI eficaz. Caso mantida a condenação, requer que seja observada a prescrição quinquenal, a aplicação dos critérios de cálculo de juros moratórios e correção monetária fixados no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09, e a redução dos honorários advocatícios a 5%.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

DO REEXAME NECESSÁRIO

O novo Código de Processo Civil elevou o valor de alçada para o reexame oficial “ex officio”, de 60 (sessenta) salários mínimos, para 1.000 (mil) salários-mínimos, “verbis”:

“Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; [...]” - grifo nosso.

Considerando que o reexame oficial não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ele não se aplicam, de sorte que a norma supracitada, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC.

Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Jr.:

“A remessa necessária não é recurso, mas condição de eficácia da sentença. Sendo figura processual distinta da do recurso, a ela não se aplicavam as regras do direito intertemporal processual vigente para os eles: a) cabimento do recurso rege-se pela lei vigente à época da prolação da decisão; b) o procedimento do recurso rege-se pela lei vigente à época em que foi efetivamente interposto o recurso - Nery. Recursos, n. 37, pp. 492/500. Assim, a L 10352/01, que modificou as causas em que devem ser obrigatoriamente submetidas ao reexame do tribunal, após a sua entrada em vigor, teve aplicação imediata aos processos em curso. Consequentemente, havendo processo pendente no tribunal, enviado mediante a remessa necessária do regime antigo, o tribunal não poderá conhecer da remessa se a causa do envio não mais existe no rol do CPC 475. É o caso por exemplo, da sentença que anulou o casamento, que era submetida antigamente ao reexame necessário (ex- CPC 475 I), circunstância que foi abolida pela nova redação do CPC 475, dada pela L 10352/01. Logo, se os autos estão no tribunal apenas para o reexame de sentença que anulou o casamento, o tribunal não pode conhecer da remessa.” Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, pág 744.

Dessa forma, tendo em vista que o valor de alçada no presente feito não supera 1.000 (um mil) salários mínimos, não conheço do reexame necessário.

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

Dispõe o art. 201, parágrafo 1º da Constituição Federal:

“§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, *ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física* e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”.

Diante da possibilidade de concessão de aposentadoria em condições diferenciadas aos segurados que, em sua atividade laborativa, estiveram expostos a condições especiais que prejudicam sua saúde ou integridade física, a Lei de Benefícios (Lei 8.213/91) previu em seus artigos 57 e 58 a chamada aposentadoria especial.

Quanto aos agentes nocivos e atividades que autorizam o reconhecimento da especialidade, bem como quanto à sua comprovação, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que *a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida*.

Assim, deve ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até 05/03/1997, pelo Decreto nº 2.172/97 de 06/03/97 a 05/05/99, e pelo Decreto n. 3.048/99 a partir de 06/05/99, com as alterações feitas pelo Decreto 4.882 a partir de 19/11/2003.

Em relação aos períodos anteriores a 06/03/97 (quando entrou em vigor o Decreto 2.172/97), destaque-se que os Decretos n. 53.831/64 e 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.
2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.
3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio *in dubio pro misero*.
4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.
5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).
6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. (STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O art. 58 da Lei n. 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

“Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica”.

Assim, até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, que alterou a redação deste dispositivo, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de *profissão* que se enquadre em uma das *categorias profissionais* previstas nos anexos dos regulamentos acima referidos.

Caso a atividade desenvolvida pelo segurado não se enquadre em uma das categorias profissionais previstas nos referidos Decretos, cabe-lhe alternativamente a possibilidade de comprovar sua exposição a um dos agentes nocivos neles arrolados.

Nesse sentido, entre 28/04/95 e 10/10/96, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a comprovação da exposição, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira, para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico.

Em 11/10/96, com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, o art. 58 da Lei de Benefícios passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

“Art. 58. *A relação dos agentes nocivos* químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior *será definida pelo Poder Executivo*.

§ 1º *a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho*.

(...)

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento”.

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91, como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13, de 23/10/97 - republicada na MP nº 1.596-14, de 10/11/97, e finalmente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação foi definida mediante Decretos editados pelo Poder Executivo.

A nova redação do art. 58 da Lei 8.213/91 somente foi regulamentada com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV). Ocorre que em se tratando de matéria reservada à lei, tal Decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, a jurisprudência:

“PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...) - A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido”. (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10/12/1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até

então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (somente até 28/04/1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a comprovação de exposição a agentes nocivos por meio da apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Para as atividades desenvolvidas a partir de 11/12/1997, quando publicada a Lei n. 9.528/97, a comprovação da exposição exige a apresentação de laudo técnico ou de Perfil Profissiográfico Previdenciário.

Ressalto que formulários assinados por engenheiro e que indiquem que o Laudo Técnico está arquivado junto ao INSS tem força probatória equiparada ao Laudo Técnico.

DO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO (PPP): DESNECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO

O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto a comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

O próprio INSS reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da atividade especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Reúne as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

A jurisprudência desta Corte, por sua vez, também destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a atividade especial:

“PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE SEU EXERCÍCIO. CONVERSÃO PARA TEMPO DE SERVIÇO COMUM.

I. Apresentado, com a inicial, o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, não cabe a produção de prova pericial, já que nele consubstanciada. Eventual perícia realizada por perito nomeado pelo juízo não espelhará a realidade da época do labor, já que o que se pretende demonstrar é o exercício de condições especiais de trabalho existentes na empresa num interregno muito anterior ao ajuizamento da ação. Desnecessidade de produção da prova testemunhal, já que a questão posta nos autos prescinde de provas outras que as já existentes nos autos, para análise.

[...]

IV. A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial - bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo.

V. A atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste expressamente em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial. Súmula nº 198/TRF. Orientação do STJ.

V. O perfil Profissiográfico previdenciário (documento que substitui, com vantagens, o formulário SB-40 e seus sucessores e os laudos periciais, desde que assinado pelo responsável técnico) aponta que o autor estava exposto a ruído, de forma habitual e permanente (94 dB), nos períodos de 1º.09.67 a 02.03.1969, 1º.04.1969 a 31.12.1971, 01.04.72 a 24.08.1978, 25.09.1978 a 24.02.1984, 26.03.1984 a 02.12.1988 e de 02.01.1989 a 22.04.1991.

[...] (TRF3, AC nº 1117829, UF: SP, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJF3 CJ1 20.05.10, p. 930).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS EXTEMPORÂNEOS.

I - O perfil profissiográfico previdenciário, criado pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

II - A extemporaneidade dos formulários ou laudos técnicos não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

III - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido”. (TRF3, AC nº 2008.03.99.028390-0, Décima Turma, Rel. Des.Fed. Sérgio Nascimento, julgado em 02.02.2010, DJF3 de 24.02.2010, pág. 1406).

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. RUÍDO. SEM LAUDO. AGENTES QUÍMICOS. PARCIALMENTE ACO-
LHIDOS.

O perfil profissiográfico previdenciário elaborado conforme as exigências legais, supre a juntada aos autos do laudo técnico. Considera-se especial o período trabalhado sob a ação de agentes químicos, conforme o D. 53.831/64, item 1.2.9. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.” (TRF3, AC nº 2008.03.99.032757-4, Décima Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Giselle França, julgado em 09.09.2008, DJF3 de 24.09.2008).

DA EXTEMPORANEIDADE DO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO (PPP) OU LAUDO TÉCNICO

A jurisprudência desta Corte destaca a desnecessidade de contemporaneidade do PPP ou laudo técnico para que sejam consideradas válidas suas conclusões, tanto porque não há tal previsão em lei quanto porque a evolução tecnológica faz presumir serem as condições ambientais de trabalho pretéritas mais agressivas do que quando da execução dos serviços. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTA-
DORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO
MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.
ATIVIDADE ESPECIAL. CONFIGURAÇÃO. CONECTÁRIOS LEGAIS.

[...]

VIII - O Perfil Profissiográfico Previdenciário, criado pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

IX - A extemporaneidade do laudo técnico/Perfil Profissiográfico Previdenciário não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

[...]

(AC 00398647420154039999, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/12/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No mesmo sentido, a Súmula 68 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, segundo a qual “o laudo pericial não contemporâneo ao período trabalhado é apto à comprovação da atividade especial do segurado”.

DA HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA

O § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91 exige a comprovação de que a exposição aos agentes nocivos se deu em caráter permanente, “não ocasional nem intermitente”.

Conforme art. 65 do Decreto 3.048/99, considera-se exposição permanente aquela que é indissociável da prestação do serviço ou produção do bem. Isto não significa que a exposição deve ocorrer durante toda a jornada de trabalho, mas é necessário que esta ocorra todas as vezes em que este é realizado.

É necessário destacar que a ausência da informação da habitualidade e permanência no PPP não impede o reconhecimento da especialidade.

Isto porque o PPP é formulário padronizado pelo próprio INSS, conforme disposto no §1º do artigo 58 da Lei 8.213/91. Assim sendo, é de competência do INSS a adoção de medidas para reduzir as imprecisões no preenchimento do PPP pelo empregador. Como os PPPs não apresentam campo específico para indicação de configuração de habitualidade e permanência da exposição ao agente, o ônus de provar a ausência desses requisitos é do INSS.

DA FONTE DE CUSTEIO

Não pode ser acolhido o argumento do INSS, de que a concessão da aposentadoria especial não seria possível diante de ausência de prévia fonte de custeio. Isso porque, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, que veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, é dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição, caso do benefício da aposentadoria especial:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
[...]

3. A aposentadoria especial prevista no artigo 201, § 1º, da Constituição da República, significa que poderão ser adotados, para concessão de aposentadorias aos beneficiários do regime geral de previdência social, requisitos e critérios diferenciados nos “casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”.

4. A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e a fortiori possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo.

5. A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição. Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998.

6. Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, através dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195, da CRFB/88, e depois da Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei nº 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

7. Por outro lado, o art. 10 da Lei nº 10.666/2003, ao criar o Fator Acidentário de Prevenção-FAP, concedeu redução de até 50% do valor desta contribuição em favor das empresas que disponibilizem aos seus empregados equipamentos de proteção declarados eficazes nos formulários previstos na legislação, o qual funciona como incentivo para que as empresas continuem a cumprir a sua função social, proporcionando um ambiente de trabalho hígido a seus trabalhadores.

8. O risco social aplicável ao benefício previdenciário da aposentadoria especial é o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/88, art. 201, § 1º), de forma que torna indispensável que o indivíduo trabalhe exposto a uma nocividade notadamente capaz de ensejar o referido dano, porquanto a tutela legal considera a exposição do segurado pelo risco presumido presente na relação entre agente nocivo e o trabalhador. [...]"

(ARE 664335, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

No mesmo sentido, neste tribunal: AC 00143063720144039999, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016; APELREEX 00020158520064036183, DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/03/2016; AMS 00014907020124036126, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/01/2013.

Não há, tampouco, violação ao princípio do equilíbrio atuarial e financeiro e da prévia fonte de custeio, pois cabe ao Estado verificar se o fornecimento de EPI é suficiente a neutralização total do agente nocivo e, em caso negativo, como o dos autos, exigir do empregador o recolhimento da contribuição adicional necessária a custear o benefício a que o trabalhador faz jus.

Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA SENTENÇA QUE ACO-

LHEU PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS E CONCEDEU A APOSENTADORIA ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

VIII - Não há que se falar em violação o princípio do equilíbrio atuarial e financeiro e da prévia fonte de custeio, pois cabe ao Estado verificar se o fornecimento de EPI é suficiente a neutralização total do agente nocivo e, em caso negativo, como o dos autos, exigir do empregador o recolhimento da contribuição adicional necessária a custear o benefício a que o trabalhador faz jus. Não se vislumbra, pois, qualquer violação aos dispositivos indicados pela autarquia (arts. 57, §§6º e 7º e 58, §§1º e 2º; da Lei 8.213/91, art. 22, II, da Lei 8.212/91; art. 373 do CPC; arts. 195, §5º, 201, §1º, da CF), estando a decisão de 1º grau em total harmonia com a interpretação sistemática de tais dispositivos.

IX - Constatou-se que o autor faz jus à aposentadoria especial, já que, para tanto, faz-se necessário o trabalho em condições especiais durante 25 anos, e o autor laborou sob tais condições por período superior a 28 anos. [...]” (APELREEX 00089375520104036102, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

O uso de equipamentos de proteção individual (EPIs), em regra, não afasta a configuração da atividade especial, uma vez que, ainda que minimize o agente nocivo, em geral não é capaz de neutralizá-lo totalmente.

Assim, somente haverá de ser afastada a atividade especial se efetivamente restar comprovado, por prova técnica, a eficácia do EPI.

Sobre o tema, o C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

Foram, pois, assentadas as seguintes teses: “a) o direito à aposentadoria especial presuppõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial; e b) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”, isso porque “tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas” e porque “ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores”. (ARE 664335, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal

Pleno, julgado em 04/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

No mesmo sentido, neste tribunal:

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. AGENTES BIOLÓGICOS. COMPROVAÇÃO. CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM TEMPO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. EPI EFICAZ. INOCORRÊNCIA.

[...]

IV - No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF fixou duas teses para a hipótese de reconhecimento de atividade especial com uso de Equipamento de Proteção Individual, sendo que a primeira refere-se à regra geral que deverá nortear a análise de atividade especial, e a segunda refere-se ao caso concreto em discussão no recurso extraordinário em que o segurado esteve exposto a ruído, que podem ser assim sintetizadas:

V - Tese 1 - regra geral: O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial.

VI - Tese 2 - agente nocivo ruído: Na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos. [...]” (AC 00389440320154039999, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE URBANA ESPECIAL. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO EM APOSENTADORIA ESPECIAL OU REVISÃO DO BENEFÍCIO. LAUDO TÉCNICO OU PPP. RUÍDO. NÃO POSSUI TEMPO PARA A CONVERSÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS PARA A REVISÃO.

[...]

5. A eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida pelo STF (ARE 664.335/SC, Relator Ministro Luiz Fux, j 04/12/2014, DJe 12/02/2015).

[...]” (APELREEX 00065346520144036105, DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DO CASO DOS AUTOS: ATIVIDADE ESPECIAL

No caso em questão, há de se considerar inicialmente que o INSS reconheceu administrativamente o exercício de atividade especial pela parte autora nos períodos de 01/08/1982 a 31/01/1984 e 11/02/1998 a 02/12/1998, conforme resumos em ID 3729144, fls. 1 e 2.

A sentença reconheceu os períodos de 01/02/1979 a 31/01/1980, 01/12/1980 a 31/01/1981, 01/07/1981 a 31/07/1981, 01/07/1982 a 31/07/1982 e 03/12/1988 a 08/06/2010, conforme decisão em ID 3729190.

Permanecem controversos os períodos de 01/08/1979 a 30/11/1979, 01/02/1980 a 30/06/1980, 01/08/1980 a 30/11/1980, 01/02/1981 a 30/06/1981, 01/08/1981 a 30/11/1981 e 01/02/1982 a 30/06/1982, que passo a analisar.

Licença remunerada para frequência em curso profissionalizante na condição de menor aprendiz

Não é possível o reconhecimento da especialidade dos períodos de 01/08/1979 a 30/11/1979, 01/02/1980 a 30/06/1980, 01/08/1980 a 30/11/1980, 01/02/1981 a 30/06/1981, 01/08/1981 a 30/11/1981 e 01/02/1982 a 30/06/1982.

Nos termos do art. 65, parágrafo único, do Decreto 3.048/99, considera-se tempo de trabalho especial aquele referente ao afastamento decorrente de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que à data do afastamento o segurado estivesse exposto aos agentes nocivos:

“Art. 65. Considera-se tempo de trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço. Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exposto aos fatores de risco de que trata o art. 68.”

Dessa forma, não podem ser reconhecidos como especiais os períodos em que o segurado esteve em licença remunerada para frequência em curso profissionalizante na condição de menor aprendiz por expressa ausência de previsão legal, embora seja reconhecida a contagem de tais períodos como de tempo comum.

Portanto, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 22/04/2014, não há que se falar na ocorrência de prescrição quinquenal prevista no art. 103, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91, uma vez que não transcorridos mais de 5 anos desde o termo inicial do benefício.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar

que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947, com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR, também para a atualização da condenação.

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

“In casu”, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que a matéria não está pacificada, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (AC 00056853020144036126, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016), observado o entendimento firmado pelo STF no RE 870.947, inclusive a despeito da aplicação de juros no interregno havido entre a data da conta e a inscrição do precatório/requisitório.

DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Tendo a sentença sido proferida na vigência do Novo Código de Processo Civil, os honorários devem atender ao disposto em seu art. 85.

No caso, sendo o valor da causa inferior a 200 salários mínimos, aplica-se o disposto no §3º, I, do citado dispositivo, devendo os honorários sucumbenciais serem fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, de acordo com os critérios fixados no §2º: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado e o tempo exigido deste.

Nos termos do §4º, III, este percentual deve incidir sobre o valor atualizado da causa, uma vez que, “não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa”.

Finalmente, destaca-se que os referidos limites e critérios “aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito”, conforme expressamente dispõe o §6º.

No caso dos autos, a verba honorária foi fixada no patamar mínimo permitido pela legislação vigente, de forma que não seria possível, como pretende o INSS, a sua redução. Ademais, este patamar mostra-se adequado quando considerados os parâmetros mencionados acima, e é reiteradamente aplicado por esta Oitava Turma nas ações previdenciárias.

Ademais, deve-se observar o disposto no enunciado da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça, pois referida Súmula é plenamente aplicável e válida. Assim, os honorários sucumbenciais estão limitados até a data da r. sentença.

Portanto, não é o caso de reforma do julgado.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do reexame necessário e NEGÓ PROVIMENTO à apelação do INSS e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do autor, para fixar os juros e correção monetária na forma acima exposta.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5000408-92.2019.4.03.6183

Apelante: RENATO ALEXANDRE RANGEL
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO DESEMPREGO. CONDIÇÃO DE SÓCIO DE EMPRESAS INATIVAS. PAGAMENTO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE.

- O mandado de segurança é remédio constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88) destinado à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo perpetrado por autoridade pública.
- Os documentos juntados aos autos originários sinalizam no sentido de que a impetrante estaria despida de qualquer fonte de renda.
- O simples fato de figurar como sócio de empresa, em princípio, não significa que o impetrante esteja auferindo renda.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação em face de sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a segurança.

Apela o impetrante aduzindo que a mera condição de sócio de uma empresa não implica concluir pela existência de renda própria.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

VOTO

Conheço da apelação porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O mandado de segurança é remédio constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88) destinado à proteção de *direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo* praticado por autoridade pública.

No mandado de segurança deve o impetrante demonstrar direito líquido e certo. Ensina Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data” - 13. ed. Atual. Pela Constituição de 1988 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989) que *“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”* (pp. 13/14).

Portanto, o direito líquido e certo deve estar plenamente demonstrado por prova pré-constituída, pois a ausência desse requisito específico torna a via mandamental inadequada ao desiderato visado.

Como é cediço, não há possibilidade de dilação probatória em mandado de segurança, motivo pelo qual o juiz fica sem instrumento processual hábil a aferir todo o rol dos requisitos para a concessão, ou a denegação, do benefício pretendido.

No caso, os fundamentos apresentados na sentença devem ser mantidos.

O objetivo do impetrante limita-se ao recebimento do seguro-desemprego.

Trata-se de benefício que tem por finalidade prestar a assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado, em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta. Destina-se também a auxiliar os trabalhadores na busca de emprego, promovendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.998/1990.

O elemento determinante para a concessão do benefício é o desemprego involuntário.

O impetrante comprovou seu vínculo empregatício com a empresa “Sapiens Sociedade Educacional Ltda.”, no período de 1º/4/2011 e 7/8/2015, por meio de cópia de sua CTPS e do Relatório Situação do Requerimento Formal do Ministério do Trabalho e Emprego, sem justa causa por iniciativa do empregador, bem como o requerimento do seguro desemprego.

O autor, em suas informações, afirmou que a negativa do benefício ocorreu pelo fato de o sistema notificar “Renda Própria – Sócio de Empresa. Data da Inclusão de Sócio: 28/2/2000, CNPJ: 03.685.679/0001-98/ Renda Própria – Sócio de Empresa. Data da Inclusão de Sócio: 3/4/2006, CNPJ: 07.930.131/0001-17”.

Com base nos documentos acostados aos autos, depreende-se que as sociedades empresárias cujo quadro societário o impetrante integraria encontram-se inativas e já não realizam qualquer atividade econômica.

A Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ), emitida pela Receita Federal, relativa ao ano de 2015, confirmando que a empresa “CABRERA & RANGEL LTDA – ME” vinculada ao requerente, permaneceu “sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial”, do mesmo modo, a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) de 2016 reconfirma a inatividade empresarial dessa.

No tocante a empresa “SISTEMA BRASILEIRO DE TURISMO S/C LTDA” também vinculada ao requerente, a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ) de 2015 comprovando sua inatividade, sendo que inclusive, a mesma já se encontra extinta desde 9/2/2015, conforme Certidão de Baixa.

Ou seja, forçoso concluir que o impetrante não auferiu renda após fim de seu último vínculo empregatício.

Impende salientar, ainda, que o fato da impetrante figurar como sócio de empresa inativa não constitui óbice ao recebimento do seguro desemprego, conforme os precedentes desta Corte.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MANDAMENTAL. SEGURO-DESEMPREGO. REQUISITOS PREENCHIDOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O impetrante, ora agravado, trabalhou no lapso de 01/04/2013 a 30/06/2015; tendo sido dispensado sem justa causa pela empresa Móveis Costa Flores Ltda. - EPP. Em agosto de 2015 pleiteou o seguro desemprego, tendo percebido 03 das 05 parcelas, sendo a 3ª paga em 06/10/2015. A 4ª parcela não foi paga porque era sócio da empresa Gomes dos Santos & Abreu Com. de Móveis Ltda. (fls. 34/35).

2. A declaração simplificada da pessoa jurídica do ano de 2015, transmitida com atraso em 13/11/2015 demonstra que a empresa Gomes dos Santos & Abreu Com. de Móveis Ltda. já se encontrava inativa no lapso de 01/01/2014 a 31/12/2014 (fl. 39). A documentação acostada às fls. 40/44 comprova o distrato social em 11/12/2015, com baixa na inscrição em 22/01/2016, podendo-se concluir que o impetrante não auferiu, nestes períodos, renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento

(AI 00086193520164030000, AGRAVO DE INSTRUMENTO – 581529, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, TRF3, SÉTIMA TURMA, Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2016).

“PREVIDENCIÁRIO. SEGURO-DESEMPREGO. LEI 7.889/90. SÓCIO DE EMPRESA. INATIVIDADE COMPROVADA. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM CONCEDIDA.

- Contrato de trabalho de 01/12/2014 a 23/07/2015, rescindido pelo empregador, sem justa causa.

- Impetrante incluída no quadro societário de empresa em 09/08/2004. Inatividade comprovada desde 31/05/2013.

- A simples condição de sócia de empresa inativa não constitui óbice à percepção do seguro-desemprego. Precedentes.

- Reexame necessário a que se nega provimento.”

(TRF3, Remessa Necessária Cível nº 0006108-42.2016.4.03.6183/SP, Nona Turma, Rel. Des. Federal Ana Pezarini, j. 21/3/18, v.u., e-DJF3 Judicial I 10/4/18)

Dessa forma, deve ser reformada a sentença.

Diante do exposto, *dou provimento* à apelação para julgar procedente o pedido de concessão da segurança, determinando à autoridade impetrada a liberação das parcelas do seguro-desemprego do impetrante.

Sem honorários de advogado (artigo 25 da Lei n. 12.016/2009).

É o voto.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0356729-26.2020.4.03.9999

Apelante: ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR AFASTADO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INEXISTÊNCIA. NOTAS FISCAIS DE PRODUÇÃO. PRODUÇÃO EM LARGA ESCALA. COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE TRABALHO RURAL PELO PERÍODO DE CARÊNCIA EXIGIDO EM LEI. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

- Comprovação da idade mínima e o desenvolvimento de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento (REsp Repetitivo nº 1.354.908) como requisitos para concessão ao benefício previdenciário.
- A atividade rural deverá ser comprovada por meio de início de prova material podendo ser corroborado por prova testemunhal (Súmula nº 149 do STJ e Recursos Repetitivos nºs 1.348.633 e 1.321.493).
- Entendimento uniforme de que as contribuições previdenciárias são desnecessárias, contanto que se comprove o efetivo exercício de labor rural. Precedentes do STJ.
- Produção em larga escala e comercialização em quantidade incompatível com labor campesino nos moldes de regime de economia familiar de subsistência.
- Requisitos para concessão ao benefício pleiteado não foram preenchidos.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Trata-se de ação previdenciária objetivando a concessão de *aposentadoria por idade rural* em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O pedido foi julgado improcedente, condenando a parte requerente aos ônus de sucumbência, nos termos da r. sentença meritória, observados os benefícios da justiça gratuita.

Em seu recurso de apelação, a parte autora requer seja o pleito julgado procedente, sob o argumento de que as provas produzidas nos autos, para caracterizar o trabalho em atividade rural, são suficientes para a concessão do benefício pleiteado.

Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Da aposentadoria por idade rural

A aposentadoria por idade de rurícola é assegurada na forma do artigo 201, § 7º, inciso II, da Constituição da República de 1988, observando-se: *“60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)”*.

A Lei nº 8.213, de 24/07/1991, que estabelece o Plano de Benefícios da Previdência Social (PBPS), disciplina em seus artigos 48 a 51 as condições à aposentadoria por idade rural, alterados pelas Leis nºs 9.032, de 1995, 9.876, de 1999 e 11.718, de 2008.

São três os *requisitos* à aposentação por idade dos trabalhadores rurais: a idade, a carência e a prova da atividade rural.

1. O primeiro, consiste na *idade mínima* de 60 (sessenta) anos, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, conforme as regras insertas no artigo 11, incisos I, letra “a”; V, letra “g”; VI e VIII, c/c o artigo 48, §1º, todos da Lei nº 8.213, de 24/07/1991.

2. O segundo requisito diz respeito à *carência* de 180 (cento e oitenta) meses de efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício. Não se cuida de recolhimento das contribuições indicadas na tabela progressiva, prevista no artigo 142 do PBPS, mas, isto sim, do tempo mínimo de atividade exercida no âmbito rural.

A regra foi expressamente prevista no artigo 143 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, com redação da Lei nº 11.718, de 2008: *“Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício”*.

2.a. A prorrogação sucessiva do prazo de quinze anos está atualmente fundada no artigo 3º, da Lei nº 11.718, de 20/06/2008, *in verbis*:

“Art. 3º Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência:

I – até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991;

II – de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e

III – de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo e respectivo inciso I ao trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que comprovar a prestação de serviço de natureza rural, em caráter eventual, a 1 (uma) ou mais empresas, sem relação de emprego”.

De transição, imperioso aplicar-se a regra permanente estampada no art. 48 e parágrafos do mesmo diploma, na dicção da Lei nº 11.718/2008, fincada, nesse particular, a exigência de demonstração do exercício de labor rural por 180 meses-carência da aposentadoria por idade.

2.b. Anote-se que, quanto ao perfazimento dos requisitos, embora para a aposentadoria por idade urbana esteja assentada a jurisprudência no sentido da desnecessidade de preenchimento, a um só tempo, de idade e carência, o mesmo não ocorre na esfera da aposentação por idade rural, para a qual é exigida a simultaneidade. Assim é imprescindível a comprovação do cumprimento conjunto das condições, especialmente da labuta no campo no período imediatamente anterior ao implemento da idade.

Esse entendimento foi cristalizado pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal da Justiça, na forma do precedente emanado do *Tema 642*, no julgamento do *RESP nº 1.345.908/SP*, sob a égide dos recursos repetitivos, cuja ementa foi assim redigida, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO.

REGRAS DE TRANSIÇÃO PREVISTAS NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991.

REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que *o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício*. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.

2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. *Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil*.

(REsp 1354908/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2015, DJe 10/02/2016)

3. O terceiro requisito, diz respeito à *comprovação da atividade rural*, realizada mediante início de prova material corroborada por prova testemunhal, observado o teor do § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, com redação da Lei nº 13.846, de 2019, assim dispõe, *in verbis*:

Art. 55. (...)

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, só produzirá efeito quando for baseada *em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento.* (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

3.a. A jurisprudência encontra-se pacificada segundo o verbete da súmula 149 do C. STJ, que estabelece: “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”. (STJ, Terceira Seção, julgado em 07/12/1995, DJ 18/12/1995),

O precedente aplica-se também aos trabalhadores rurais denominados “boias-frias”, por força do entendimento assentado pela E. Primeira Seção do C. STJ no REsp nº 1.321.493/PR, Relator Ministro Herman Benjamin (j. 10/10/2012, DJe 19/12/2012), sob os auspícios dos recursos repetitivos.

3.b. A comprovação da atividade rural será realizada mediante verificação dos registros de segurados especiais no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), na forma dos artigos 38-A e 38-B da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, bem assim mediante a apresentação dos documentos indicados no rol exemplificativo do artigo 106 do mesmo diploma legal, com redação da Lei 13.846, de 2019, conforme o entendimento firmado pelo E. STJ no julgamento do RESP nº 1.081.919/PB, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 03.08.2009.

3.c. Ademais, com fulcro na possibilidade de eficácia prospectiva e retrospectiva dos documentos, o reconhecimento de tempo de serviço rural vai além do período relativo ao início de prova material, quando for corroborado por prova testemunhal. Esse entendimento foi consolidado pelo C. STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.348.633/SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJE 05/12/2014, segundo a sistemática dos repetitivos, viabilizando, assim, a extensão da eficácia dos documentos, pois, conforme consta da ementa, “não é imperativo que o início de prova material diga respeito a todo o período de carência estabelecido pelo artigo 143 da Lei 8.213/1991, desde que a prova testemunhal amplie a sua eficácia probatória”.

3.d. Anote-se que a declaração de sindicato de trabalhadores rurais foi submetida a três disciplinas distintas. Inicialmente, por força do disposto pelo artigo 106 do PBPS, exigia-se a homologação do Ministério Público. A partir da edição da Lei nº 9.063, em 14/06/1995, passou a ser necessária a homologação do INSS. A partir de 18/01/2019, com a edição da Medida Provisória nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846, de 2019, não pode ser aceita a referida declaração para fins de comprovação da atividade rural.

3.e. De outra parte, a natureza processual das normas do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, que disciplinam a matéria probatória da atividade rurícola, constituem óbice ao julgamento do mérito da lide quando não for apresentado início de prova material, pois conduzem à constatação de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, na forma do artigo 485, IV, do CPC.

Esse entendimento foi cristalizado pelo C. STJ no julgamento do RESP nº 1.352.721/SP, sob o rito dos repetitivos, firmando-se a tese do *tema 629*: “A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar

novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa”. (Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Corte Especial, julgado em 16/12/2015, DJe 28/04/2016).

Na senda, manifestou-se a Egrégia Terceira Seção desta Colenda Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. ATIVIDADE URBANA DO CÔNJUGE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL DESCARACTERIZADO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO LEGAL. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DESNECESSIDADE DE VALORAÇÃO DOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. SÚMULA N. 149 DO E. STJ. IMPEDIMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE TÍTULO JUDICIAL QUE ORA SE RESCINDE. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR E BOA-FÉ. REVELIA. NÃO APLICAÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.

(...)

II - A r. decisão rescindenda reconheceu o direito da então autora ao benefício de aposentadoria rural por idade com base na existência de início de prova material, consistente na certidão de casamento em que o marido consta como lavrador (11.09.1977), corroborado pelos depoimentos testemunhais.

III - Da análise dos documentos que compuseram os autos subjacentes, verifica-se que o cônjuge da então autora ostentava vários vínculos empregatícios de natureza urbana por tempo relevante (14.03.1978 a 31.03.1981; 01.04.1981 a 03.03.1983; 20.02.1987 a 11.1987 e 02.04.1990 a 10.10.1995), tendo sido contemplado, posteriormente, com o benefício de auxílio-doença a partir de 12.12.2001, convertido em aposentado por invalidez, na condição de comerciante/contribuinte individual, a contar de 13.09.2002.

IV - Considerando que a autora implementou o quesito etário somente em 2008 (nascida em 24.12.1953, completou 55 anos de idade em 24.12.2008), é de se concluir que a r. decisão rescindenda adotou interpretação não condizente com o art. 143 c/c o art. 55, §3º, ambos da Lei n. 8.213/91, na medida em que o documento reputado como início de prova material do labor rural (certidão de casamento) restou esmaecido ante a constatação de que o cônjuge exerceu, após o enlace matrimonial, atividades tipicamente urbanas, não bastando, portanto, a comprovação por prova exclusivamente testemunhal.

(...)

VI - A certidão de casamento em que o marido consta como lavrador (11.09.1977) não se presta como início de prova material do labor rural, tendo em vista o longo histórico de trabalho urbano empreendido por ele (extrato do CNIS).

VII - No que tange ao pedido de reconhecimento de atividade rural, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de prova material no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário (24.12.2008), restando inócua a análise da prova testemunhal colhida em juízo.

VIII - Como o § 3º do art. 55 da Lei n. 8.213/91 versa sobre matéria probatória, é processual a natureza do aludido dispositivo legal, razão pela qual nos feitos que envolvam o reconhecimento de tempo de serviço a ausência nos autos do respectivo início de prova material constitui um impedimento para o desenvolvimento regular do processo, caracterizando-se, consequentemente, essa ausência, como um pressuposto processual, ou um suposto processual, como prefere denominar o sempre brilhante Professor Celso Neves. A finalidade do § 3º do art. 55 da Lei n. 8.213/91 e da Súmula 149 do E. STJ é evitar a averbação de tempo de serviço inexistente, resultante de procedimentos administrativos ou judiciais promovidos por pessoas que não exerceram atividade laborativa.

IX - A finalidade do legislador e da jurisprudência ao afastar a prova exclusivamente testemunhal não foi criar dificuldades inúteis para a comprovação do tempo de serviço urbano

ou rural e encontra respaldo na segunda parte do art. 400 do CPC de 1973, atual artigo 443 do Novo CPC.

X - A interpretação teleológica dos dispositivos legais que versam sobre a questão em exame leva à conclusão que a ausência nos autos de documento tido por início de prova material é causa de extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, IV, do Novo CPC, pois o art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91 e a Súmula 149 do E. STJ, ao vedarem a prova exclusivamente testemunhal em tais casos, criaram um óbice de procedibilidade nos processos que envolvam o reconhecimento de tempo de serviço, que a rigor acarretaria o indeferimento da inicial, nos termos dos arts. 320 e 321 do atual CPC.

XI - Carece a autora da ação subjacente de comprovação material sobre o exercício de atividade rural por ela desempenhado (art. 39, I, da Lei nº 8.213/91), restando prejudicada a apreciação do pedido de reconhecimento da atividade rural.

XII - Cabe ressaltar que os valores recebidos por força de título judicial gerador do benefício de aposentadoria rural por idade (NB 41/150.848.253-2), que ora se rescinde, não se sujeitam à restituição, pois possuem natureza claramente alimentar, tendo como destinação o atendimento de necessidades básicas da ora ré. Importante salientar que a percepção do benefício em comento decorreu de decisão judicial, com trânsito em julgado, não se vislumbrando, no caso concreto, qualquer ardil ou manobra da parte autora na ação subjacente com o escopo de atingir tal desiderato, evidenciando-se, daí, a boa-fé, consagrada no art. 113 do Código Civil.

XIII - Em face da ocorrência de revelia, não há ônus de sucumbência a suportar.

XIV - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Processo subjacente que se julga extinto, sem resolução do mérito. Tutela que se concede em maior extensão.

(TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 10396 - 0008699-33.2015.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, j.09/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 17/06/2016)

Passemos, pois, ao exame do caso concreto.

A parte autora cumpriu o requisito etário em 21/11/2015, quando completou 60 (sessenta) anos de idade.

Quanto à comprovação de carência, não demonstrou início de prova material que comprovasse efetivo exercício em atividade rural suficiente e imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou à data do implemento da idade mínima.

Vejamos.

Sustenta o autor que, desde jovem, sempre trabalhou nas lides rurais, em regime de economia familiar e alega ter preenchido os requisitos mínimos exigidos em lei para a concessão do benefício ora pleiteado.

O autor colacionou aos autos os seguintes documentos (todos do ID 118366353):

- certidão de nascimento em nome do autor, datada de 24/11/1965 (Pág. 1);
- Pedido de Talonário de Produtor (PTP) de 06/1989 (Pág. 4);
- Declaração Cadastral de Produtor - DECAP, de 1990 (Pág. 5);
- nota de entrada do silo - CEAGESP, de 06/1992 (Pág. 6);
- matrícula do cartório de registro de imóveis, da Fazenda São José ou “Varjão” (Págs. 7-16);
- notas fiscais de produtor, de 07/2002, 06/2003 (240kg de milho a granel), 06/2005 (11 bezerros por R\$2.970,00), 12/2006 (09 bezerros e 01 vaca pelo montante de R\$2.200,00), 01/2008 (25 vacas, 01 boi e 11 bezerros totalizando R\$23.000,00), 09/2009 (20 toneladas de mandioca), 10/2010 (03 bezerros pro R\$1.500,00) - (Págs. 17-20 e 23-25);

- cadastro de contribuinte de ICMS - Cadesp, inscrição dos genitores do autor em 09/2007 (Págs. 21-22) e a partir de 2011, o autor como produtor rural (Págs. 26-28);

- notas fiscais de produtor, emitidas por Diomara Maria da Silva Souza e outros, de 12/2013, 03/2014, 10/2015, pela venda de melancia, tomate italiano (Págs. 29-31).

Também foi juntada a Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS do autor (ID 118366353 – Págs. 2-3), em que consta somente um único registro, na Fazenda Três Corações, de 04/1980 a 09/1981. Em consulta ao extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS (ID 118366359), verifica-se que o autor não possui outros registros ou anotações de pagamentos, senão as de contribuinte individual de 03/2009 a 05/2011.

Ainda que o autor tenha se dedicado à atividade rural, não a exercia em regime de economia familiar, precária ou rudimentar, com a finalidade de subsistência. Trata-se, portanto, de produtor rural em larga escala, que explora a terra visando o lucro.

Contudo, não quer dizer que o segurado especial esteja impedido de vender o excedente produzido por meio da atividade rural. Mas diferencia-se da figura de segurado especial aquele produtor rural, cuja produção, seja ela proveniente da agricultura, pecuária ou extração, possua como objetivo principal a obtenção de lucro a partir da venda do que foi produzido para o comércio e/ou indústria, o que reforça a descaracterização de segurado especial da parte autora.

Ademais, observe-se que as notas fiscais trazidas aos autos demonstram vultosa produção agropecuária, a exemplo da comercialização de 11 bezerros por R\$2.970,00 em 06/2005, da venda de 09 bezerros e 01 vaca pelo valor de R\$2.200,00 em 12/2006 ou ainda pela venda de 25 vacas, 01 boi e 11 bezerros totalizando R\$23.000,00 em 01/2008 (apenas para fins de equivalência, o salário mínimo à época correspondia a R\$415,00) e pelas 20 toneladas de produção e venda de mandioca em 09/2009.

Considerando-se o contexto fático, com base nas provas apresentadas, conclui-se tratar de família de produtor rural, como se depreende das notas fiscais com vultosas quantias cultivadas ao longo dos anos, e não a de segurado especial, que labora em regime de economia familiar, cuja produção tem finalidade de subsistência, com eventual comercialização do excedente produzido, conforme se verifica nos julgados a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PROPRIEDADE RURAL DE GRANDE PRODUÇÃO. LATIFÚNDIO. DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. IMPROCEDÊNCIA.

I. É considerada atividade rural em regime de economia familiar aquela em que o trabalho dos membros da família é indispensável à sua própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.

II. *Verificando-se que a produção do módulo rural excede em demasia o indispensável ao seu sustento e ao de sua família, torna-se inviável enquadrar a parte autora como segurada especial, entendida como o pequeno produtor rural que vive sob o regime de economia familiar.* (grifei)

III. Apelação improvida.

(7ª Turma, AC nº 98.03.101265-7, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 30.08.2004, DJ 21.10.2004, p. 220)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DESCARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A prova testemunhal deve vir acompanhada de início de prova documental, para fins de comprovar o efetivo labor no campo (Súmula 149 de STJ).

- Os documentos acostados aos autos, indicando a produção em larga escala, não permitem que o marido seja enquadrado como segurado especial, nos termos da legislação vigente. (grifei)

- Aplicável a autorização legal de julgamento monocrático, prevista no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, diante de jurisprudência dominante do STJ.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(8ª Turma, AC nº 98.03.101265-7, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 29.04.2013, e-DJF3 de 14.05.2013, Judicial 1)

Assim, fica afastado o labor rural de pequeno produtor em regime de economia familiar, nos termos do art. 11, VII, §1º, da Lei nº 8.213/91.

O conjunto probatório não tem o condão de demonstrar a atividade rural pelo autor em regime de economia familiar, assim entendido como atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Desta forma, ainda que tenha adimplido o requisito etário, a parte recorrente não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, qual seja, o de provar a carência, na qualidade de segurado especial, pelo período necessário à concessão do benefício em questão, pois requer que a pessoa interessada esteja em labor rural em regime de economia familiar, em período imediatamente anterior ao requerimento administrativo em número de meses iguais e necessários à concessão da aposentadoria por idade rural, o que não foi comprovado.

Na espécie, não há provas materiais a serem corroboradas pelo depoimento das testemunhas, o que desautoriza a concessão da modalidade de aposentadoria pretendida (Súmula 149 do STJ).

Assim, concluo pelo não preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

AGRAVO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

5147651-04.2020.4.03.9999

Agravante: MARIA DAS GRACAS DE SOUZA MEDEIROS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: MARIA DAS GRACAS DE SOUZA MEDEIROS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELO INSS. NULIDADE DO LAUDO MÉDICO JUDICIAL. ATUAÇÃO DE PROFISSIONAL TÉCNICO NÃO HABILITADO PARA CERTIFICAÇÃO DA INCAPACIDADE LABORATIVA DA AUTORA. FISIOTERAPEUTA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA ELABORAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. AGRAVO INTERNO DA PARTE AUTORA. DESPROVIMENTO. MERA INSURGÊNCIA COM O ENTENDIMENTO ADOTADO POR ESTA E. CORTE. JULGADO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Agravo interno manejado pela parte autora visando a consideração de laudo pericial elaborado por fisioterapeuta, a fim de justificar o restabelecimento do benefício de auxílio-doença em seu favor.

2. Descabimento. Necessária sujeição da requerente a profissional técnico habilitado para diagnosticar as patologias suscitadas para justificar sua incapacidade laborativa. A atuação de médico especializado na área de ortopedia é medida que se impõe para aferir as reais condições físicas ostentadas pela demandante.

3. Controvérsia havida entre as conclusões exaradas pelos diferentes peritos atuantes no presente feito.

4. Agravo da parte autora desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo interno interposto pela parte autora em face de decisão monocrática que acolheu a preliminar suscitada pelo ente autárquico, para anular a r. sentença e determinar o retorno dos autos ao d. Juízo de origem para viabilizar a sujeição da requerente a nova

perícia, desta feita a ser realizado por profissional técnico habilitado para diagnosticar as moléstias ortopédicas suscitadas pela requerente.

Aduz a agravante, em síntese, que as conclusões exaradas por fisioterapeuta acerca de sua incapacidade parcial e temporária para o exercício de atividade profissional seria suficiente para justificar a procedência do pedido inaugural.

Sem contraminuta do ente autárquico.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

O caso dos autos não é de retratação.

Proferi decisão monocrática nos seguintes termos:

“A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando, em síntese, o restabelecimento do benefício de auxílio-doença (NB 31/623.787.920-3) e sua conversão em aposentadoria por invalidez.

Concedidos os benefícios da Justiça Gratuita.

Laudos periciais colacionados aos autos.

A sentença julgou procedente o pedido, para determinar o restabelecimento do benefício de auxílio-doença titularizado pela requerente, a partir da data da cessação administrativa, qual seja, 30.08.2018. Concedida a tutela antecipada para determinar a imediata reimplantação da benesse. Consectários explicitados. Honorários advocatícios fixados no percentual mínimo previsto no art. 85, § 3º, do CPC, a incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data de prolação da sentença, nos termos da Súmula n.º 111 do C. STJ. Custas na forma da lei.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Inconformado, recorre o INSS, aduzindo, em preliminar, a nulidade da r. sentença, eis que baseada em laudo pericial elaborado por profissional não habilitado nos termos legais. No mérito, assere a ausência de provas da alegada incapacidade laboral da segurada, com o que não faria jus ao restabelecimento da benesse. Subsidiariamente, requer a alteração do termo inicial do benefício.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático, atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Ab initio, insta salientar que a remessa oficial não há de ser conhecida, haja vista a alteração legislativa decorrente da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15), que majorou substancialmente o valor de alçada para condicionar o trânsito em julgado ao reexame necessário pelo segundo grau de jurisdição.

Dito isto, antes de ingressar no mérito da demanda, observo que a preliminar de nulidade aventada pelo ente autárquico merece acolhida.

Isso porque, o diagnóstico que desencadeia a conclusão acerca da existência ou não da incapacidade laboral do segurado, a meu ver, só pode ser realizado por médico devidamente credenciado no órgão de classe, bem como a prescrição de tratamentos e a avaliação de resultados. Por consequência, em que pese a argumentação expendida pelo d. Juízo de Primeiro Grau acerca da proficiência técnica do perito judicial nomeado, forçoso considerar que na condição de fisioterapeuta, referido profissional tem atribuição tão-somente referente a aplicação das técnicas e métodos prescritos por um médico, ou seja, não está habilitado para diagnosticar eventuais moléstias ostentadas pelo periciando, ao menos, para fins previdenciários.

Destarte, entendo que a perícia realizada por fisioterapeuta é nula, cabendo ao d. Juízo *a quo* prosseguir com a instrução do feito, notadamente para a elaboração de nova perícia por profissional do ramo da medicina, haja vista as patentes contradições havidas no primeiro laudo médico-pericial colacionado aos autos.

Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO PERICIAL. FISIOTERAPEUTA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. REALIZAÇÃO DE NOVO LAUDO PERICIAL POR MÉDICO.

Nas ações em que se objetiva a aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença o julgador firma seu convencimento, via de regra, com base na prova pericial. O profissional da área de fisioterapia não dispõe de atribuições médicas, dentre as quais a realização de diagnóstico médico, nisto incluso o laudo pericial, cingindo-se suas funções somente no atuar para a recuperação da capacidade física do paciente. Hipótese em que se determina a reabertura da instrução processual, possibilitando a realização de prova pericial, indispensável ao convencimento do Julgador para demonstrar a existência de enfermidade incapacitante, desta feita a ser realizada por médico. Questão de ordem solvida para se anular a sentença e determinar a reabertura da instrução processual para realização de laudo pericial por médico. Prejudicado o exame da apelação”.

(TRF 4ª Região, QUOAC 00000189620104049999, 6ª Turma, Relator José Francisco Andreotti Spizzirri, j. 24.02.10, D.E 04.03.10)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL. FISIOTERAPEUTA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. REALIZAÇÃO DE NOVO LAUDO PERICIAL POR MÉDICO.

1. Nas ações em que se objetiva a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o julgador firma seu convencimento por meio da prova pericial, a qual deve ser realizada por médico, preferencialmente da especialidade que o caso requerer.

2. Tratando de doença de natureza ortopédica, nula é a sentença que teve por suporte laudo pericial subscrito por profissional fisioterapeuta, o qual não tem atribuição para a realização de diagnóstico médico a ensejar conclusão no sentido da incapacidade laboral da parte autora, mas de sim aplicar as técnicas terapêuticas prescritas por médico.

3. Sentença anulada e determinada a reabertura da instrução processual para realização de laudo pericial por médico especialista. Prejudicado o exame da remessa oficial.”

(TRF 4ª Região, REOAC 200872990025920, Turma Suplementar, Relator Fernando Quadros da Silva, j. 15.04.09, D.E 27.04.09)

Anote-se que a despeito do necessário reconhecimento da nulidade da r. sentença, não há de se falar na incidência do preceito contido no art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil, haja vista a ausência de provas indispensáveis para a regular apreciação do quanto alegado pelas partes e o consequente julgamento do feito.

Isto posto, ACOLHO A PRELIMINAR SUSCITADA PELO INSS, para reconhecer a nulidade da r. sentença, uma vez que baseada em perícia judicial não realizada por profissional médico habilitado e, por consequência, determino o retorno dos autos ao d. Juízo de origem, para

regular prosseguimento do feito, com realização de novo laudo pericial. PREJUDICADO O EXAME DE MÉRITO DO APELO DO INSS.

Intimem-se. Publique-se.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos à primeira instância.”

Pois bem.

Como já mencionado na decisão agravada, em que pese a comprovada proficiência da fisioterapeuta atuante no presente feito, entendo que a certificação das moléstias ortopédicas ostentadas pela demandante e sua influência sobre sua capacidade de exercer atividades laborativas há de ser aferida por médico especializado na área.

Acrescento, ainda, que tal exigência, *in casu*, resta ainda mais premente em face da patente controvérsia havida entre as conclusões exaradas pelos diferentes peritos oficiais, eis que na primeira perícia médica a que a demandante foi submetida, o profissional concluiu pela ausência de incapacidade laborativa.

Posteriormente, suscitando a irregularidade na atuação do referido perito, visto que se tratava de médico “generalista”, sem especialização da área ortopédica, a própria demandante postulou sua sujeição a nova perícia, ocasião em que o d. Juízo de Primeiro Grau optou pela nomeação da fisioterapeuta que, contrariamente às conclusões do expert anterior, atestou a incapacidade parcial e temporária da demandante, contradição que, a meu ver, há de ser dirimida através da reabertura da fase instrutória.

Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado.

Consigno, finalmente, que foram analisadas todas as alegações constantes do recurso capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no *decisum* recorrido.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO DA PARTE AUTORA, mantendo-se, integralmente, a decisão agravada.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

Direito Processual Civil



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0004492-13.2008.4.03.6183

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: ANTONIO BENEDITO MOREIRA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VERIFICAÇÃO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. REQUERIMENTO PRÉVIO DO BENEFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

1. De acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração possuem função processual específica, que consiste em integrar, retificar ou complementar a decisão embargada.

2. De acordo com o entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte Regional, tratando-se de ação de cunho previdenciário, ainda que não se possa condicionar a busca da prestação jurisdicional ao esgotamento da via administrativa, tem-se por razoável exigir que o autor tenha ao menos formulado um pleito administrativo - e recebido resposta negativa - de forma a demonstrar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário ante a configuração de uma pretensão resistida (RE 631.240/MG, com repercussão geral).

3. No precedente, o STF fez ressalva expressa no tocante à possibilidade do ajuizamento da ação nas hipóteses de pedidos de revisão de benefícios, que não dependem da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo INSS, sem efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS contra o acórdão (ID 107259139/1) que de ofício, corrigiu a sentença para fixar os critérios de atualização do débito, deu provimento à apelação da parte autora, para reconhecer o labor em condições especiais nos períodos

de 01.08.79 a 08.07.84 e de 02.08.84 a 26.10.95 e determinar ao INSS a revisão da RMI de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e o pagamento das diferenças decorrentes do recálculo desde a data do requerimento administrativo, fixando os consectários legais nos termos explicitados, e negou provimento à remessa necessária.

Alega o INSS que a decisão é omissa, obscura e contraditória quanto à falta de interesse de agir da parte autora, ao reconhecer o labor em condições especiais com base em documentos não submetidos à análise do INSS na esfera administrativa, o que equivaleria a propor a ação sem prévio requerimento. Argumenta, ainda, que os efeitos financeiros não podem ser fixados na DER.

Recurso respondido (ID 133758422/1-2).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

De acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, os embargos de declaração possuem função processual específica, que consiste em integrar, esclarecer, complementar ou retificar a decisão embargada.

Sobre a questão do interesse de agir da parte autora, é verdade que o art. 5º, XXXV, da Constituição, assegura o pleno acesso ao Poder Judiciário para a proteção dos cidadãos em caso de lesão ou ameaça a direito. Contudo, essa garantia fundamental não deixa de trazer em si a exigência da existência de uma lide, justificando a atuação do Poder Judiciário como forma democrática de composição de conflitos, o que também se revela como interesse de agir (necessidade e utilidade da intervenção judicial).

Existindo lide (provável ou concreta), é perfeitamente possível o acesso direto à via judicial, sem a necessidade de prévio requerimento na via administrativa.

Contudo, em casos nos quais a lide não está claramente caracterizada, vale dizer, em situações nas quais é potencialmente possível que o cidadão obtenha a satisfação de seu direito perante a própria Administração Pública, é imprescindível o requerimento na via administrativa, justamente para a demonstração da necessidade da intervenção judicial e, portanto, do interesse de agir que compõe as condições da ação. Imprescindível, assim, a existência do que a doutrina processual denomina de fato contrário a caracterizar a resistência à pretensão do autor.

Deveras, de acordo com o entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte Regional, tratando-se de ação de cunho previdenciário, ainda que não se possa condicionar a busca da prestação jurisdicional ao esaurimento da via administrativa, tem-se por razoável exigir que o autor tenha ao menos formulado um pleito administrativo - e recebido resposta negativa - de forma a demonstrar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário ante a configuração de uma pretensão resistida.

Conclui-se, assim, pela aplicação aos segurados da exigência de prévia provocação da instância administrativa para obtenção do benefício e, somente diante de sua resistência, viabilizar a propositura de ação judicial.

Aliás, é nesse sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 631.240/MG, com repercussão geral reconhecida:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração-, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.” (Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 10/11/2014).

Neste contexto, conforme se observa do precedente em tela, não obstante a necessidade de prévio requerimento administrativo, o STF fez ressalva expressa no tocante à possibilidade do ajuizamento da ação nas hipóteses de pedidos de revisão de benefícios, como no caso em tela, que não depende da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração.

Ademais, a apresentação ou não de provas na fase administrativa não configura ausência de interesse de agir do demandante, porquanto diz respeito ao mérito da questão propriamente dito, e não à presença das condições da ação.

Com relação à fixação dos efeitos financeiros na DER, não vislumbro a ocorrência dos alegados vícios aventados pelo embargante, considerando que constam expressamente da decisão ora impugnada, os fundamentos pelos quais foi fixado o termo inicial do pagamento das diferenças decorrentes da revisão do benefício, na data do requerimento administrativo, considerando-se, sobretudo, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência (STJ - Petição nº 9.582 - RS (2012/0239062-7), Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26/08/15).

Ademais, consoante jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, “[...] o termo inicial dos efeitos financeiros da revisão de benefício previdenciário deve retroagir à data da concessão do benefício, uma vez que o deferimento da ação revisional representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado” (REsp nº 1.732.289/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 21/11/2018). No mesmo sentido: REsp nº 1745509/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019.

Ante o exposto, *acolho parcialmente os embargos de declaração opostos pelo INSS* para sanar a omissão apontada, *sem efeitos infringentes*, mantendo inalterado o v. acórdão.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0063790-31.2008.4.03.9999

Apelante: LIANA OLIVEIRA

Apelada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2020

EMENTA

PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC/73 - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR - SALDO REMANESCENTE - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - ENTENDIMENTO DO E. STF - REPERCUSSÃO GERAL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

I - O acórdão anteriormente proferido, em Juízo de retratação, deu provimento ao agravo da parte exequente, interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC/73, a fim de determinar a elaboração de cálculo para apuração de saldo remanescente, decorrente da aplicação de juros de mora no período entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório, com base no entendimento adotado pelo E. STF no RE 579.431/RS.

II - Os autos retornaram a esta Décima Turma para verificação da pertinência de se proceder a novo Juízo de retratação em decorrência do decidido pelo E. STF no julgamento do RE 870.947/SE, com repercussão geral reconhecida.

III - O E. STF, no RE 870.947/SE, reconheceu a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária nas condenações contra a Fazenda Pública, com base na disposição contida no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09.

IV - Ocorre que no caso em comento a questão controvertida diz respeito à possibilidade de apuração de saldo remanescente na atualização de requisição de pequeno valor, expedida em 01.10.2010 e paga em 25.11.2010, assim não se aplicam as determinações fixadas no RE 870.947/SE, mais sim as teses firmadas em questão de ordem no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, que declarou a inconstitucionalidade parcial da EC n. 62/09, pelas quais foram mantidos válidos os precatórios expedidos e pagos até 25.03.2015, bem como *a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).*

V- Possibilidade de retratação afastada. Determinada a remessa dos autos à Vice-Presidência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, determinar a remessa dos autos à Vice-Presidência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de setembro de 2020.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Senhor Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de reexame previsto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, determinado pela E. Vice-Presidência desta Corte, em face de acórdão desta Décima Turma, em razão do decidido pelo E. STF no julgamento do RE 870.947/SE.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

Relembre-se que no acórdão proferido por esta Décima Turma, à fl. 184, foi negado provimento ao agravo da parte exequente, interposto na forma do art. 557, §1º, do CPC/73, para manter a decisão monocrática que negou provimento à sua apelação, em face de sentença que julgou extinta a execução, sob o fundamento de que não há se falar em diferenças de saldo remanescente na atualização do crédito pago por meio de requisição de pequeno valor, em razão de os índices de correção monetária estarem de acordo com as disposições legais, bem como pela impossibilidade de se incluir juros de mora no período compreendido entre o termo final da conta de liquidação e a data da expedição do requisitório.

Em face do referido acórdão, a parte exequente interpôs os recursos especial e extraordinário, sendo determinado pela C. Vice-Presidência desta Corte o retorno dos autos a esta Décima Turma para a verificação da pertinência de se proceder ao Juízo positivo de retratação, em razão do julgamento final, pelo E. STF, do RE 579.431/RS, com repercussão geral reconhecida, no qual restou fixada a tese de que *incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório*.

O acórdão de fl. 235, em Juízo de retratação, deu parcial provimento ao agravo de instrumento da parte exequente, interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC/73, a fim de determinar a elaboração de cálculo para apuração de saldo remanescente, decorrente da aplicação de juros de mora no período entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.

Com o retorno dos autos à E. Vice-Presidência, foi determinado, à fl. 239, o sobrestamento do feito até a decisão definitiva do RE 870.947/SE, vinculado ao Tema 810, sob o fundamento de que o recurso extraordinário além dos juros de mora, objeto de retratação, também trata da correção monetária.

Em seguida, a E. Vice-Presidência, em razão do julgamento dos embargos de declaração no RE 870.947/SE, em 03.10.2019, determinou novamente o retorno dos autos a esta Décima Turma para verificação da pertinência de se proceder ao Juízo de retratação em decorrência do entendimento adotado pelo E. STF.

Da análise da situação descrita verifico que não se aplica ao caso em espécie o decidido pelo E. STF no RE 870.947/SE, uma vez que no aludido paradigma foi julgada a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária nas condenações contra a Fazenda Pública, com base na disposição contida no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com redação

dada pela Lei n. 11.960/09, entretanto no presente feito se discute a possibilidade de apuração de saldo remanescente decorrente da aplicação de juros de mora e correção monetária em crédito pago por requisição de pequeno valor, ou seja, em fase de atualização de precatório/RPV.

Nesse sentido, assinalo que deve ser mantido o *decisum* impugnado, que não reconheceu a existência de saldo remanescente decorrente da aplicação de índices de correção monetária diversos daqueles utilizados pelo setor competente desta Corte, ou seja, a TR, uma vez que no caso dos autos o ofício de requisição de pequeno valor foi expedido em 01.10.2010, com pagamento efetuado em 25.11.2010, devendo ser aplicado na hipótese o entendimento adotado pelo E. STF no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, no qual ficou estabelecida a seguinte tese: “Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e *mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária*”. (Grifei)

Assim, não se nota qualquer contraste entre o julgamento proferido por esta 10ª Turma e a orientação do E. STF, restando afastada a possibilidade de retratação, em relação aos índices de correção monetária utilizados na atualização da requisição de pequeno valor.

Diante do exposto, *determino sejam os presentes autos remetidos à Subsecretaria dos Feitos da Vice-Presidência.*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0019452-15.2016.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

Interessados: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, INSTITUTO DE MEIO AMBIENTE DE MATO GROSSO DO SUL

Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIÃO FEDERAL.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 06/10/2020

EMENTA

BACIA DO RIO TAQUARI - AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA CUJA PETIÇÃO INICIAL, GENÉRICA E INDETERMINADA, FORMULA PEDIDOS CONDICIONAIS, TUMULTUÁRIOS E INCERTOS - INÉPCIA MÚLTIPLA, AMPLA E RADICAL: INSANÁVEL - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO.

1. José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as “disfunções do mecanismo judiciário”, “no tocante à condução do processo”, “a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível” (“Sobre a “participação” do Juiz no processo civil”, em “Participação e Processo”, pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

2. O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de interesse geral e os Juízes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, são convocados ao exercício desta prerrogativa. Artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

3. No caso dos Tribunais, em particular, se a inviabilidade da ação é absoluta e, assim, está vinculada às questões de ordem pública, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o efeito translativo.

4. O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico. Precedente: ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora.

5. No caso concreto, as causas e os efeitos, naturais ou humanos, sobre a área controversa, são incertos. A simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outras autoridades públicas.

7. Neste contexto de absoluta incerteza científica e jurídica, a iniciativa dos Ministérios Públicos causa grave prejuízo para a comunidade, pois é certo que cidadãos e empresas são titulares do direito constitucional ao desenvolvimento.

8. Inépcia insanável da ação civil pública. Extinção do processo, sem julgamento de mérito, de ofício, pela via do efeito translativo dos recursos. Prejudicados os agravos de instrumento e os agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, de ofício, declarou a inépcia insanável da petição inicial da ação civil pública Julgando extinto o processo, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil. Prejudicados os agravos de instrumento e agravos internos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de recursos tirados de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul destinada a afastar suposta omissão dos órgãos públicos na “conformação socioambiental da bacia do Rio Taquari”.

Os representantes ministeriais sintetizaram os fatos na petição inicial (fls. 11/12, ID 29675020 na origem):

“I - SÍNTESE DOS FATOS E DA DELIMITAÇÃO OBJETIVA DA PRETENSÃO

Há tempos é noticiado que o acentuado processo de assoreamento do Rio Taquari, derivado dos danos ambientais verificados ao longo de suas margens, é causa de fortes impactos deletérios à conformação socioambiental de sua bacia.

Realmente, além de todos quantos habitam e/ou conhecem a região da bacia daquele rio, também a imprensa, setores da sociedade civil organizada, a comunidade científica, organizações não governamentais e vários Órgãos e representantes do Poder Público têm clamado por soluções concretas ao que já convencionou-se denominar de “maior desastre ambiental do Pantanal” (ver vídeo).

A candência e a relevância do tema também já se prestaram a diversos estudos, seminários, projetos, debates e audiências públicas promovidos ao longo de mais de 30 anos, sendo fato que várias alternativas de solução já restaram apresentadas e submetidas ao crivo do Poder Público, sem que se tenha notícia de que tenham derivado para ações concretas. Aliás, boa parte do que é apontado como necessário ao cobro da situação é apresentado pelo próprio Poder Público, conforme se verá.

De logo cabe destacar que a proteção de valores e bens jurídicos de natureza difusa, resguardados constitucionalmente e, bem por isso (e muito mais), indisponíveis, não se compraz com meros formalismos, vale dizer, não serão “estudos”, “propostas”, “metas”, “planos” ou coisas que tais, que darão cobro à necessária efetividade material como contraponto aos danos reais que ações e omissões que aqui serão tratadas trazem à biodiversidade.

Em suma, à luz da unanimidade já alcançada quanto ao tema, não há qualquer controvérsia acerca da necessidade de ações concretas tendentes à reversão e/ou contenção de efeitos danosos da desenhada (e ilegal) ação humana naquela bacia hidrográfica.

Enfatize-se, portanto, que os limites objetivos da Ação Civil Pública ora manejada, ao fim e ao cabo, conformam-se à deliberada omissão dos demandados na adoção das providências por eles admitidas e apontadas”.

Os pedidos na ação civil pública (fls. 11/12, ID 29675020 na origem):

“Assim, a título de tutela antecipada, pede e espera o Ministério Público ordem judicial que determine aos demandados as seguintes ações e abstenções:

1. REFERENTE À PARTE ALTA DA BACIA NO ESTADO DO MATO GROSSO SUL (no trecho a partir da divisa com o Estado do Mato Grosso até a confluência do Rio Taquari com o Rio Coxim):

a) suspensão imediata de todo e qualquer licenciamento de novos empreendimentos agrícolas e/ou pecuários na região;

b) em prazo de 90 (noventa) dias apresentem em juízo, juntando aos autos, preferencialmente em meio digital, bem como divulguem em meios de comunicação de massa (imprensa) ao menos no âmbito do Estado do Mato Grosso do Sul, CRONOGRAMA DE AÇÕES EFETIVAS, com indicação detalhada e precisa do que será feito, bem como datas precisas de cada fase de execução, que não poderá ter início em mais de 90 dias contados de sua apresentação, e que contemple necessariamente:

– o desenvolvimento, a manutenção e a recuperação de sistemas sustentáveis de produção (onde, quais etc);

– a recomposição da cobertura vegetal, de reservas legais e área de preservação permanente (indicação de áreas; os modos de replantio, tipos de vegetação, custeio etc);

– incentivo ao manejo e conservação do solo e controle da poluição (indicação de áreas de ação, técnicas que serão utilizadas, que práticas serão incentivadas, etc);

– contenção e estabilização de voçorocas (onde, quais, dimensões das voçorocas, que técnicas serão implementadas, etc);

– recuperação de Pastagens Degradadas (quais, onde, proprietários, posseiros, técnicas escolhidas etc);

– adequação de Estradas Vicinais (identificação, descrição do que será feito, etc);

– elaboração de programa de comunicação, educação ambiental e mobilização social na área de Recursos Hídricos;

– Produção de Mudas para a bacia do rio Taquari (quais, porque, onde, etc);

– recuperação de áreas degradadas, proteção e preservação de nascentes e matas ciliares contíguas às nascentes, das áreas que margeiam os principais corpos d'água e dos mananciais hídricos da Sub-bacia do Taquari (indicação das áreas degradadas, das nascentes, técnicas que serão utilizadas, etc);

– criação do Comitê de bacia hidrográfica da Sub-bacia do Rio Taquari.

c) efetivamente iniciem a execução do CRONOGRAMA DE AÇÕES EFETIVAS de que cuida a alínea anterior e o executem totalmente, juntando aos autos e fazendo publicar em meios de comunicação de massa (imprensa) ao menos no Estado do Mato Grosso do Sul, mensalmente, relatórios descritivos das ações executadas;

d) em prazo máximo de 30 dias organizem e iniciem plano de intensiva vistoria e fiscalização de todas as propriedades rurais localizadas na região, em ordem a que, em prazo máximo de 60 dias contados do seu início, promovam-se, se for o caso, as pertinentes autuações administrativas quanto aos passivos ambientais eventualmente constatados em cada uma delas.

2. REFERENTE ÀS PARTES MÉDIA E BAIXA DA BACIA (no trecho a partir da confluência do Rio Taquari com o Rio Coxim até o encontro com o Rio Paraguai):

e) suspensão imediata de toda e qualquer autorização para intervenção em arrombados que tenha sido deferida com base unicamente na Resolução SEMAC/MS 27, de 29/12/2008;

f) em prazo máximo de 30 (trinta) dias, detalhem e definam critérios claros e detalhados quanto ao que entendem necessário à análise de intervenções em arrombados, contemplando necessariamente suas dimensões e finalidades das intervenções, submetendo previamente tais conclusões ao crivo da sociedade por meio de ampla divulgação em veículos de comunicação de massa (imprensa);

- g) em prazo máximo de 30 dias organizem e iniciem plano de intensiva vistoria e fiscalização de todas as propriedades rurais localizadas na região, em ordem a que, em prazo máximo de 60 dias contados do seu início, promovam-se, se for o caso, as pertinentes autuações administrativas quanto aos passivos ambientais eventualmente constatados em cada uma delas;
- h) em prazo máximo de ,30 dias organizem e iniciem vistoria em toda a extensão do Rio Taquari (no trecho a partir de sua confluência com o Rio Coxim até o encontro com o Rio Paraguai), em ordem a que, em prazo máximo de 60 dias, contados do seu início, apresentem relação de todos os pontos julgados como passíveis de formação de novos arrombados em curto prazo, bem como detalhem e definam o que pode e deve ser feito a título de intervenções de contenção, submetendo previamente tais conclusões ao crivo da sociedade por meio de ampla divulgação em veículos de comunicação de massa (imprensa);
- i) iniciem imediatamente após a apresentação da relação de todos pontos julgados como passíveis de formação de novos arrombados em curto prazo acima referida, ações efetivas do que restar definido como necessário, juntados aos autos e fazendo publicar em meios de comunicação de massa (imprensa) ao menos no Estado do Mato Grosso do Sul, mensalmente, relatórios descritivos das ações executadas.

Para garantir a efetividade dessas medidas, o Ministério Público requer que, em caso de descumprimento, sejam:

1. Impedidas quaisquer formas de divulgação institucional dos demandados, no âmbito do Estado do Mato Grosso do Sul, enquanto persistir a mora, determinando-se bloqueio judicial das verbas orçamentárias destinadas a sua Publicidade Institucional pelo período que durar a MORA; E
2. No período de duração da MORA dos demandados, alternativa ou cumuladamente:
 - 2.1- haja autorização judicial a que, o Ministério Público ou quem demonstrar interesse na causa, promova a ampla divulgação dessa recalcitrância nos meios de comunicação (imprensa) à custa das verbas orçamentárias destinadas à Publicidade Institucional dos demandados;
 - 2.2- depósito em conta em favor desse juízo de parcela das verbas orçamentárias destinadas à Publicidade Institucional dos demandados, proporcional ao tempo da MORA, cuja liberação deverá dar-se tão só para custeio de programas de recuperação ambiental da Bacia do Taquari efetivamente apresentados.

Tudo sem prejuízo de outras medidas de efetividade porventura julgadas pertinentes no curso do processo.

VI - DOS PEDIDOS FINAIS:

À título de tutela final, requerem o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - por sua Procuradoria da República no Município de Coxim - e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL:

- a) autuada e recebida a inicial, que seja determinada a citação da UNIÃO, ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, IBAMA e IMASUL para, querendo, contestarem a presente ação, sob pena de revelia;
- b) haja designação de audiência pública de tentativa de conciliação (art. 331 do CPC C/C art. 21 da Lei nº 7.347/85 e 94 do CDC), à vista do notório e transcendente interesse coletivo, sendo franqueada a presença e manifestação de outros interessados (v.g., ONG's ambientais, organizações comunitárias, agentes políticos, etc);
- c) o julgamento de procedência da presente ação, com a confirmação dos pleitos liminares deferidos, para determinar que os requeridos sejam definitivamente condenados nas obrigações de fazer lá pleiteadas e, ainda, a:
 - c.1) a condenação dos requeridos a, no prazo de 90 (noventa) dias contados da intimação da sentença concessiva, apresentarem conclusão técnica definitiva acerca do que deve e pode ser adotado em relação às inundações já verificadas na Planície do Taquari, que contemplem necessariamente as variáveis ambientais e econômicas envolvidas e a possibilidade de criação de unidades de conservação nas áreas alagadas;

c.1) sejam os demandados condenados a, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da apresentação da conclusão técnica acima referida, iniciarem a efetiva implementação do que pode e deve ser feito, nos moldes do que concluírem;

c.2) condenação dos demandados a criarem e estabelecerem definitivamente grupo de estudos, fiscalização e monitoramento permanentes de todas as atividades econômicas promovidas na Bacia do Rio Taquari, na parte contida no Estado do Mato Grosso do Sul.

d) que seja deferida a inversão do ônus da prova, impondo-se aos requeridos o dever processual de comprovar a plena regularidade dos atos praticados em sede administrativa tendentes à instalação e operação de todos os empreendimentos já instalados na Bacia do Rio Taquari;

e) a aplicação da primeira parte do art. 94 do CDC, *verbis*:

f) embora o Ministério Público já tenha apresentado provas pré-constituídas do alegado, protesta, outrossim, pela produção de prova documental, testemunhal, pericial e, até mesmo, inspeção judicial, que se fizerem necessárias ao pleno conhecimento dos fatos, inclusive no transcurso do contraditório que se vier a formar com a apresentação de contestação.

Sem custas, como todas as ações afetas ao *parquet* (art. 18 da Lei nº 7.347/85; art. 4º, III, da Lei nº 9.289/96).

Os autos físicos, Inquérito Civil Público que instrui a presente demanda, serão encaminhadas à Secretaria do juízo (art. 11, §5º, da Lei nº 11.419/06).

Dá à causa o valor de R\$ 200 mil, valor de alçada, já que se trata de bem inestimável.

Nesses termos, aguarda deferimento.

Coxim, 02 de maio de 2013”.

Após a redistribuição da ação civil pública para o Juízo da Capital do Estado do Mato Grosso do Sul, ocorreu a ratificação de decisão de antecipação de tutela, nos seguintes termos:

“Desta forma, por todo já exposto e tendo em vista as considerações do colega que proferiu as decisões acima transcritas, que se mostram em consonância com o ordenamento jurídico e com a situação fática demonstrada nos autos, entendo estar suficientemente demonstrada a plausibilidade do direito invocado na inicial em relação a todos os requeridos e o perigo da demora, razão pela qual adoto aquelas razões de decidir como sendo minhas e ratifico integralmente todos os atos processuais praticados nos autos, em especial as decisões de fl. 219/233-v, 442-445v e 959/962-v, para o fim de determinar:

1 - a proibição, aos requeridos com atribuição para o licenciamento, de concessão de licenças ambientais (prévia, de instalação e de operação) relativamente a empreendimentos econômicos de natureza agrícola, pecuária e imobiliária na Bacia do Rio Taquari, no trecho a partir da divisa com o Estado de Mato Grosso até a confluência com do Rio Taquari com o Rio Coxim;

2 - a proibição, aos requeridos referidos na alínea anterior, de concessão ou renovação de toda e qualquer autorização para intervenção em avulsões (‘arrombados’) que tenham sido deferidas com base na Resolução SEMAC/MS 27/2008, a partir da confluência com o Rio Coxim até o encontro com o Rio Paraguai;

3 - o início, por todos os requeridos, com base em seu poder de polícia ambiental, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, de fiscalização e vistoria em todas as propriedades rurais localizadas nos trechos mencionados da Bacia do Rio Taquari, promovendo e informando ao Juízo as autuações administrativas cabíveis para os casos de ilícito ambiental que forem apurados, bem assim o início, no mesmo prazo, em toda a extensão do Rio Taquari, do mapeamento de atuais avulsões (‘arrombados’), com a menção às suas dimensões e a definição de critérios detalhados para intervenções, além da identificação de todos os pontos julgados como possíveis de formação de novas avulsões em curto prazo, apresentando, no prazo de 60 (sessenta) dias, relatório com sua listagem e detalhamento de providências para sua contenção, divulgando-o à sociedade por meio da imprensa;

4 - a apresentação nos autos, por todos os requeridos em conjunto ou separado, no prazo de 90 (noventa) dias, bem como a divulgação à sociedade por meio da imprensa, ao menos no âmbito dos Estados do Mato Grosso do Sul e do Mato Grosso, de cronograma de ações efetivas, com indicação detalhada e precisa do que será feito, bem com datas precisas de cada fase de execução, que não poderá ter início em mais de 90 (noventa) dias contados de sua apresentação, e que contemple necessariamente: a) o desenvolvimento, a manutenção e a recuperação de sistemas sustentáveis de produção; b) a recomposição da cobertura vegetal, de reservas legais e área de preservação permanente (indicação de áreas, modos de replantio, tipos de vegetação, custeio); c) incentivo ao manejo e conservação do solo e controle da poluição (indicação de áreas de ação, técnicas que serão utilizadas, que práticas que serão incentivadas); d) contenção e estabilização de voçorocas; e) recuperação de pastagens degradadas; f) adequação de estradas vicinais, g) elaboração de programa de comunicação, educação ambiental e mobilização social na área de Recursos Hídricos; h) produção de mudas para o reflorestamento da Bacia; i) recuperação de áreas degradadas, proteção e preservação de nascentes e matas ciliares contíguas às nascentes, das áreas que margeiam os principais corpos d'água e dos mananciais hídricos da Bacia do Rio Taquari; j) criação do Comitê de bacia hidrográfica da Sub-bacia do Rio Taquari, bem como

5 - o início, por todos os requeridos em conjunto, da prática dos atos administrativos pertinentes à efetivação das ações a serem estabelecidas no cronograma referido no item anterior, tais como a alocação de recursos, abertura de licitação e celebração de contratos, divulgando à sociedade, por meio da imprensa, relatórios trimestrais das ações executadas.

6 - a apresentação, por todos os requeridos, no prazo de 30 (dias), de cronograma de ações efetivas que fiquem definidas para o enfrentamento dos pontos julgados como possíveis de formação de novas avulsões e que contemple o início imediato da prática dos atos administrativos pertinentes à realização das obras públicas que eventualmente se fizerem necessárias, tais como a alocação de recursos, abertura de licitação e celebração de contratos, divulgando à sociedade, por meio da imprensa, relatórios mensais das ações executadas.

Fixo multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a recair pessoalmente sobre o diretor do IMASUL e a mais alta autoridade do IBAMA neste Estado, para cada licença ambiental que eventualmente venham a expedir em descumprimento desta decisão.

Fixo, outrossim, multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), a recair pessoalmente sobre as mais altas autoridades dos requeridos neste Estado (com exceção dos procuradores e advogados públicos), pelo retardamento das medidas de fiscalização objeto desta decisão.

E, para o caso de não apresentação do cronograma de ações efetivas no prazo previsto nesta decisão, fixo multa diária de R\$ 50.000,00, a cargo das pessoas jurídicas requeridas, a ser revertido para o Fundo de que cuida o artigo 13 da Lei nº 7.347/85”.

Contra a r. decisão, foram interpostos agravos de instrumento pela União (nº. 0004600-83.2016.4.03.0000), pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (nº. 0015017-95.2016.4.03.0000), pelo Estado do Mato Grosso do Sul e pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL (nº. 0019452-15.2016.4.03.0000).

Nas razões de agravo de instrumento (nº. 0004600-83.2016.4.03.0000), a União defendeu a inconstitucionalidade do litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual: a demanda analisaria apenas atos da Administração Estadual.

Afirmou a obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo necessário com todos os particulares atingidos pela determinação judicial.

Aduziu a irregularidade da antecipação de tutela, por implicar intromissão do Judiciário nas políticas públicas sujeitas à vontade popular.

Argumentou que a antecipação da tutela esgota o objeto processual, contra os termos do artigo 1º da Lei nº. 9.494/97.

Sustentou a inexistência de omissão administrativa, porque há inúmeros projetos ambientais na região, bem como a impossibilidade de fixação de multa diária contra o poder público.

No agravo de instrumento (nº. 0015017-95.2016.4.03.0000), o IBAMA suscitou preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal de Campo Grande (MS), porque as questões também envolveriam a atuação ambiental no Estado do Mato Grosso. Portanto, a demanda deveria ser processada e julgada em uma das varas federais do Distrito Federal.

Apontou ilegalidade nas restrições à atividade de licenciamento ambiental. O IBAMA não poderia ser responsável pela fiscalização de toda a área, pois a competência é comum entre os entes federativos.

Anotou, ainda, que o cronograma de execução determinado pelo Juízo de origem seria impraticável.

Aduziu que a degradação da bacia do Rio Taquari ocorre há décadas. A atuação pontual não resolveria a questão.

O Estado do Mato Grosso do Sul e o Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL), no agravo de instrumento (nº. 0019452-15.2016.4.03.0000) sustentaram a impossibilidade de cumprimento da r. decisão, por inexistência de previsão orçamentária para a execução dos programas ali fixados.

Aduziram a impossibilidade da antecipação de tutela com caráter satisfativo e irreversível contra a Fazenda Pública.

Defenderam a inexistência de perigo na demora, dado o tempo decorrido desde a apuração no inquérito civil público.

Argumentaram com os princípios da independência dos poderes e da legalidade.

Anotam perigo reverso para a economia pública.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido em todos os agravos de instrumento, para suspender os itens 2, 3, 4, 5 e 6, da r. decisão.

As respostas foram apresentadas.

O Ministério Público Federal interpôs agravos internos em todos agravos de instrumento, nos quais aduziu que o direito ao meio ambiente equilibrado é desdobramento do direito à vida. Os Magistrados teriam “poder geral de efetivação”.

O Estado do Mato Grosso do Sul e pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL apresentaram agravo interno no feito de nº. 0019452-15.2016.4.03.0000, apontando erro material.

As respostas aos agravos internos foram apresentadas.

Apresento ao Colegiado, para julgamento conjunto, todos os recursos acima detalhados. É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Desembargador Federal Fábio Prieto:

A competência para o julgamento da ação civil pública foi analisada pela Sexta Turma em agravo de instrumento precedente (AI nº. 0018639-90.2013.4.03.0000). O v. Acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SUSPENSÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL - PEDIDOS ENVOLVENDO A BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO TAQUARI (PARTE ALTA, MÉDIA E BAIXA) - ABRANGÊNCIA DE MUNICÍPIOS EXCLUÍDOS DA JURISDIÇÃO DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE COXIM - POTENCIALIDADE REGIONAL DOS DANOS COLETIVOS - PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PERANTE O FORO FEDERAL DA CAPITAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 93 DA LEI nº 8.078/1990, CUJA APLICAÇÃO ÀS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS É PRECONIZADA PELO ART. 21 DA LEI nº 7.347/85.

1. Distribuído o poder jurisdicional entre diversos órgãos do Judiciário, torna-se necessário, diante do caso concreto, verificar o órgão competente para processar e julgar o feito. Isso porque, na hipótese de os atos judiciais não estarem estribados no devido fundamento de validade ou emanarem da autoridade legalmente legitimada para sua prática, ter-se-ão decisões nulas (caso se trate de situação definida como de incompetência absoluta do juízo), por violadoras do princípio do devido processo legal.

2. A Lei nº 7.347/1985, no artigo 2º, *caput*, estabelece que a ação civil pública destinada à proteção de interesses coletivos deve ser proposta no foro do lugar do dano. A esse respeito, o artigo 93 da Lei nº 8.078/1990, cuja aplicação às ações civis públicas é preconizada pelo art. 21 da Lei nº 7.347/85, identifica a competência do Juízo para processar e julgar as ações relacionadas à proteção de interesses coletivos.

3. Os autores da ação civil pública (Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul) indicam que a Bacia Hidrográfica do Rio Taquari possui extensão de 79.471,81 km², fazendo parte da bacia do alto Rio Paraguai, onde está inserido o Pantanal Brasileiro.

4. O Pantanal Mato-Grossense foi qualificado pelo constituinte originário como patrimônio nacional, conforme disposto no § 4º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Extraí-se do comando constitucional que o Pantanal Mato-Grossense, dentre outros biomas, ante sua elevada importância para o Brasil, recebeu especial tutela do Poder Público.

5. O Rio Taquari nasce no município de Alto Taquari, no Estado de Mato Grosso, e percorre o Estado de Mato Grosso do Sul, no sentido leste-oeste, por aproximadamente 800 km, dos quais cerca de 500 km na planície pantaneira. Um dos principais formadores do Pantanal, costuma ser subdividido em três partes: o alto, o médio e o baixo curso do Rio Taquari. Compõem o alto Taquari os Municípios de Alcinópolis, Camapuã, Costa Rica, Pedro Gomes, Ribas do Rio Pardo, Rio Verde do Mato Grosso, São Gabriel do Oeste e Sonora, em Mato Grosso do Sul, mais Alto Garças, Alto Araguaia e Alto Taquari, em Mato Grosso. O médio e baixo curso do rio Taquari, com características bastante semelhantes, são formados pelos Municípios de Coxim, Corumbá e Ladário, todos inseridos no Estado de Mato Grosso do Sul.

6. Nem todos os Municípios sobre os quais pode recair o suposto dano estão submetidos à jurisdição da Subseção Judiciária de Coxim; no mínimo os Municípios de Ladário e Corumbá estão adstritos à competência da Subseção instalada nesta última cidade.

7. Confrontando-se os pedidos formulados na ação civil pública com os dados geográficos e os danos coletivos que se pretender prevenir ou minimizar, conclui-se pela propositura da ação civil pública perante o foro federal da Capital do Estado do Mato Grosso do Sul, em conformidade com o artigo 93 da Lei nº 8.078/1990, cuja aplicação às ações civis públicas é preconizada pelo art. 21 da Lei nº 7.347/85, ante a potencialidade regional dos danos coletivos.

8. “A propositura de ação civil pública para tutela de direitos nacionais ou regionais na Capital dos Estados ou no Distrito Federal é estratégica e garante a acessibilidade da Justiça a todos titulares espalhados pela federação ou concentrados em entes federativos específicos (artigo 93, II, da Lei nº 8.078/1990)” - (excerto do voto do Des. Fed. Antonio Cedenho, nos autos do Conflito de Competência nº 0008873-47.2012.4.03.0000/MS, D.E. Publicado em 26/07/2012) e precedente do C. STJ (RESP nº 1101057; Rel. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJE 15/04/2011 RT VOL.:00909 PG:00483).

9. Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do pedido de efeito suspensivo.

O Ministério Público Federal interpôs recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o recurso especial prejudicado, em razão da perda de objeto, porque entendeu confirmada a competência em decorrência do andamento processual, com a ratificação da tutela pelo Juízo de origem e a sua posterior reforma nesta Corte (fls. 33/36, ID 29676713 na origem).

Nestes recursos, questiona-se a competência sob aspecto diverso: a abrangência nacional do dano.

É certo que as cidades, as populações, os sistemas ambientais e os interesses jurídicos correlatos abrangidos pelo Rio Taquari - bem objeto da ação civil pública - estão submetidos, em tese, à jurisdição de mais de um juízo federal, inclusive o sediado na Capital do Estado do Mato Grosso do Sul.

De outro lado, os Ministérios Públicos sustentaram a suposta existência de *dano regional* e, a final, formularam pedidos com relação à área do Estado do Mato Grosso do Sul.

Se, em tese, é *regional ou nacional*, o suposto dano, a demanda deve ser julgada na Capital do Estado ou no Distrito Federal – como no caso, nos termos do artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

A lei é literal. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica.

No REsp 1101057/MT, a Ministra NANCY ANDRIGHI esclareceu a questão.

A ementa e, depois, a fundamentação do v. Acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO REGIONAL. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 93 DO CDC.

1. O art. 93 do CDC estabeleceu que, para as hipóteses em que as lesões ocorram apenas em âmbito local, será competente o foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir (inciso I), mesmo critério já fixado pelo art. 2º da LACP. Por outro lado, tomando a lesão dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em âmbito regional ou nacional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (inciso II).

2. Na espécie, o dano que atinge um vasto grupo de consumidores, espalhados na grande maioria dos municípios do estado do Mato Grosso, atrai ao foro da capital do Estado a competência para julgar a presente demanda.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1101057/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011).

“O legislador consumerista, além de definir a extensão do dano como critério determinante do foro competente, nos moldes do previsto no art. 2º da Lei 7.347/85 (LACP), trouxe resposta para as indagações que versavam sobre situações em que o dano é nacional ou regional, para as quais a Lei de Ação Civil Pública não havia atentado.

Dessa forma, estabeleceu o art. 93 do CDC que, para as hipóteses nas quais as lesões ocorram apenas em âmbito local, será competente o foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir (inciso I), mesmo critério já fixado pelo art. 2º da LACP.

Por outro lado, tomando a lesão dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em âmbito regional ou nacional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito

Federal (inciso II). Eis o inteiro teor do mencionado dispositivo de lei: Art. 93 - Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a Justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Nesse contexto, merece consignar-se que, ainda que o mencionado dispositivo de lei esteja localizado no capítulo do CDC referente às ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos, a mais abalizada doutrina vem partilhando do entendimento de que sua aplicação se dá de forma mais ampla, como regra de fixação de competência a todas as ações coletivas para defesas de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não somente aos relativos às relações de consumo (REsp 448.470/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15/12/2009).

Nesse sentido as lições de Ada Pellegrini Grinover (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 894). Na hipótese em apreço, a ação civil pública foi ajuizada na Comarca de Poconé/MT, tendo o Juízo da Vara única dessa Comarca declinado da competência para uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá, o que foi mantido pelo TJ/MT em grau de apelação.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o recorrente insurge-se contra o atual sistema de cobrança do financiamento do projeto de eletrificação rural mantido pela recorrida, que abrange, como consignou o acórdão recorrido, em torno de 95 municípios do Estado do Mato Grosso. Nessas circunstâncias o suposto dano não é, à evidência, meramente local, pois viola direitos de um vasto grupo de consumidores, espalhados em 95 dos 141 municípios do estado do Mato Grosso (<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=mt>), o que traduz o vulto do dano e por consequência a necessidade de se concentrar os atos processuais, em especial a produção probatória, no juízo da Capital.

Sublinhe-se, por oportuno, ser certo que um dano regional também será local, contudo, em se tratando de lesão que atinge várias comarcas de um mesmo estado, o legislador optou por atribuir competência absoluta ao juízo do foro da Capital, evitando-se assim a fragmentação da tutela coletiva que seria ocasionada com a possibilidade de ajuizamento de diversas ações tantas quantas forem as comarcas envolvidas.

Nesse contexto, salutar são as considerações de Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561): Apesar da pouca explicitude do texto, entende-se que a competência só será da Capital do Estado quando os danos a evitar ou reparar extrapolem os limites de uma comarca e cheguem a atingir toda uma região significativa pelo ponto de vista econômico, social ou cultural; seria insensato deslocar a competência para a Capital quando se tratasse de danos bem localizados em poucas comarcas, sem atingir verdadeiramente uma região - caso em que prevalecerão as regras ordinárias.

Por fim, cumpre pontuar que esta Corte - não obstante ter enfrentado diversas vezes a questão relativa à competência para julgar as ações civis coletivas que tratem de dano de âmbito nacional, tendo firmado, para essas hipóteses, o entendimento no sentido de possuírem competência concorrente para processar e julgar ações coletivas o foro das capitais dos Estados-membros e do Distrito Federal (CC 17.533/DF, 2ª Seção. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJe de 30/10/2000; REsp 944.464/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 11/02/2009; REsp 712.006/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 24/08/2010; REsp 218.492/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 18/02/2002) - teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema trazido pelo presente recurso especial somente em um precedente da 2ª Turma, de relatoria do e. Min. Herman Benjamin, que adotou o mesmo entendimento do qual compartilho. Por elucidativa, transcreve-se a ementa do mencionado julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SERVIÇO DE TELEFONIA. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 2º DA LEI 7.347/1985. POTENCIAL LESÃO

A DIREITO SUPRA-INDIVIDUAL DE CONSUMIDORES DE ÂMBITO REGIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 93 DO CDC.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.
2. Trata a hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com a finalidade de discutir a prestação de serviço de telefonia para a defesa de consumidores de todo o Estado do Rio Grande do Sul.
3. O art. 2º da Lei 7.347/1985 estabelece que a competência para o julgamento das ações coletivas para tutela de interesses supra-individuais seja definida pelo critério do lugar do dano ou do risco.
4. O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu - ou possa ocorrer - o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional-, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, II).
5. Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual.
6. Como, *in casu*, a potencial lesão ao direito dos consumidores ocorre em âmbito regional, à presente demanda deve ser aplicado o inciso II do art. 93 do CDC, mantido o aresto recorrido que determinou a competência da Vara da Capital - Porto Alegre - para o julgamento da demanda. Precedente do STJ.
7. Recurso Especial não provido.
(REsp 448.470/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15/12/2009)”.

Para além de todas as formalidades, o efeito translativo do recurso autoriza o conhecimento, de ofício, de questão de ordem pública.

É oportuno lembrar a advertência de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que, entre as “*disfunções do mecanismo judiciário*”, “*no tocante à condução do processo*”, está “*a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível*” (“Sobre a “participação” do Juiz no processo civil”, em “Participação e Processo”, pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

“É possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, atual art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015” (STJ - REsp 1584614/CE).

No mesmo sentido:

- REsp 736.966/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 06/05/2009;
- REsp 302.626/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/08/2003;
- AgRg nos EDcl no AREsp 396.902/ES, Rel. Ministro RAÚL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 16/09/2014;

- *REsp 1.490.726/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 30/10/2017;*

- *AgRg no AREsp 381.285/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 9/5/2018;*

- *AgInt no AREsp 848.116/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 1/8/2018.*

Neste Tribunal Regional Federal:

- *AI 5021427-79.2019.4.03.0000 – Desembargadora Federal Cecília Marcondes;*

- *AI 0019837-07.2009.4.03.0000 – Desembargador Federal Johonsom di Salvo;*

- *AI 5012570-78.2018.4.03.0000 - Desembargador Federal Souza Ribeiro;*

- *AI 0097701-92.2007.4.03.0000 – Juiz Convocado Leonel Ferreira;*

- *AI 5014194-02.2017.4.03.0000 – Desembargador Federal Antonio Cedenho.*

A racionalidade e a economia processuais fundamentam a norma jurídica.

A síntese da doutrina:

“A questão que surge é a seguinte: pode o tribunal extinguir o processo sem julgamento do mérito, conhecendo de ofício de matéria de ordem pública, ao julgar um agravo, interposto de questão incidente, concernente, por exemplo, à concessão de uma medida liminar?

(...)

Em nosso entender, esta regra leva a efeito, de modo inequívoco, o princípio da economia processual. Por que permitir-se que um processo chegue ao fim, com sentença de mérito, se se estará diante de sentença nula e, portanto, rescindível, abrindo-se, assim, oportunidade para que nasça uma nova ação, um novo processo?”.

(Tereza Arruda Alvim Wambier, “Os agravos no CPC Brasileiro”, 3ª edição, 2000, editora Revista dos Tribunais, pág. 225).

A *inépcia insanável* da petição inicial da ação civil pública pode e deve ser abordada neste momento processual.

É certo que a imensa área afetada nesta demanda sofreu danos pelas mais variadas causas. A solução – ou as muitas soluções – dependerá de agentes públicos e privados. Investimentos de toda ordem. Respeito às peculiaridades locais.

Trata-se de questão de alta complexidade. Como reconhece a própria petição inicial da ação civil pública, os estudos apontam causas e soluções díspares. Não há segurança científica ou jurídica.

Antes de mais nada, é preciso ter em conta que “os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo”.

É neste sentido a jurisprudência deste Tribunal:

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO

DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COM OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

1. No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).

2. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.

3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.

4. Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo

5. A invocação de fundamento fático relacionado à “omissão de informações claras”, por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.

6. Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.

7. É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto “caos aéreo” encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.

8. Ciente da grave realidade representada pela “plantação de fatos”, nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: “Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não podemos nos submeter a ele”.

9. A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o “xerifismo” dos fronteirões e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.

10. Agravo de instrumento provido.

(TRF-3, AI 0021751-43.2008.4.03.0000, QUARTA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2011 PÁGINA: 855).

A ação civil pública é instrumento de grande relevância na ordem jurídica. O seu manuseio está disciplinado por normas de direito estrito.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico (ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora).

No caso concreto, as causas e os efeitos, naturais ou humanos, sobre a área controversa, são totalmente incertos.

A simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer *intervenção ilegítima* - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à *competência constitucional de outras autoridades públicas*.

É oportuno lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ação civil pública - como a presente -, *censura* o que caracterizou como "*ações espetaculares*" (Reclamação nº 2138):

"O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.

Está em HELY LOPES MEIRELLES:

".....

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

....."(DAB, 26^a. ed., 2001, p. 71/2).

HELY observa, ainda, que essas prerrogativas são outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função política.

".....

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o

temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

.....” (ob. cit., p. 73).

Não tenho dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias. Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político. Todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos. Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão. São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da persecução a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política. É bom que se o diga. Uns, na busca de notoriedade fácil. Vê-se, muito, nos jornais. Outros, no propósito de participar, por outros meios, de debate político. O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração tem levado à propositura de ações espetaculares. A maioria delas destituídas de qualquer fundamento. O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível. Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação”.

A transcrição dos aspectos essenciais da ação civil pública, efetuada no relatório deste voto, evidencia que, diante de problema complexo, com a exigência de soluções pontuais as mais diversas, optou-se por narrativa genérica, de alcance indeterminado, baseada em futuros estudos, colocando em grave risco as autoridades públicas, as comunidades, trabalhadores e investidores.

Em um quadro difícil, a ação civil pública constitui elemento adicional de insegurança, caro, dispersivo e de nenhuma utilidade social.

Passados anos de sua tramitação árida e infértil, o exame das monumentais sete mil e quinhentas páginas (!) da ação civil pública, nas quais são embaralhados assuntos de todo tipo, testemunha a absoluta falta de sentido e proveito do curso da demanda.

Neste contexto de absoluta incerteza científica e jurídica, a iniciativa dos Ministérios Públicos – não obstante a boa-fé de seus agentes, não se põe em dúvida - causa grave prejuízo para a comunidade, pois é certo que cidadãos e empresas são titulares do direito constitucional ao desenvolvimento.

Não se duvida que a megalópole onde está localizada a sede deste Tribunal seja severamente poluída, insalubre para milhões de pessoas, mas o ajuizamento de ação civil pública para tentar superar o quadro complexo só seria expressão de messianismo judicial infrutífero, caro e tumultuário.

É sempre oportuno lembrar o magistério do saudoso Ministro Teori Zavascki sobre o messianismo judicial, “ilusão que não tardará em se transformar em nova desilusão” (ADI 4650):

“Em suma, não há como desconhecer que, no Brasil, já passou da hora de prover medidas no sentido de alterar esse crônico estado das coisas, em que campeiam práticas ilegítimas de arrecadação de recursos, de excessos de gastos e de corrupção política. Todavia, mostra-se uma alternativa pouco afinada com a nossa experiência histórica imaginar que a corrupção eleitoral e o abuso do poder econômico sejam produto do atual regime normativo e que isso seria razão ou pretexto suficiente para declará-lo inconstitucional, propiciando assim a volta ao regime anterior, em que se proibia o aporte de recursos por pessoa jurídica. Só por messianismo judicial se poderia afirmar que, declarando a inconstitucionalidade da norma que autoriza doações por pessoas jurídicas e, assim, retornar ao regime anterior, se caminhará

para a eliminação da indevida interferência do poder econômico nos pleitos eleitorais. É ilusão imaginar que isso possa ocorrer, e seria extremamente desgastante à própria imagem do Poder Judiciário alimentar na sociedade, cansada de testemunhar práticas ilegítimas, uma ilusão que não tardará em se transformar em nova desilusão”.

A esta altura, não se cogite de oportunidade para a correção dos vícios, através de emenda à petição inicial, segundo o artigo 321, do CPC:

“O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

Registre-se, por primeiro, que o Código de Processo Civil, ao prever que o Poder Judiciário pode tomar a iniciativa para a correção, não retirou da parte o dever de fazê-lo.

O certo é que a petição inicial em discussão não tem defeitos e irregularidades que *dificultam* o julgamento de mérito, mas que o *impedem*.

Não há, portanto, nesta circunstância, como indicar com “*precisão o que deve ser corrigido ou completado*”, como faculta a lei.

Diante de petição inicial inepta e incorrigível, a norma do artigo 321, do CPC, não tem aplicação.

O Tribunal tem jurisprudência, em caso similar de inépcia radical e insanável:

SISTEMA CANTAREIRA - AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP), CUJA PETIÇÃO INICIAL, EM 137 LAUDAS, COM FUNDAMENTO NA BÍBLIA, EM POESIA E EM DEZENAS DE DISPOSITIVOS LEGAIS, FORMULA, EM 30 PÁGINAS, DEZENAS DE PEDIDOS TUMULTUÁRIOS, IMPOSSÍVEIS OU CATASTRÓFICOS - INÉPCIA MÚLTIPLA, AMPLA E RADICAL: INSANÁVEL - AUTORA DA ACP QUE TEM A PRETENSÃO DE REPRESENTAR A TUDO E A TODOS, DENTRO E FORA DO MUNICÍPIO, INCLUSIVE O PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO, POR SIMPLES COOPTAÇÃO ESTATUTÁRIA: OFENSA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - PRETENSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE OUTROS 57 MUNICÍPIOS: ABUSO DE REPRESENTAÇÃO - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO.

1. José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as “disfunções do mecanismo judiciário”, “no tocante à condução do processo”, “a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível” (“Sobre a “participação” do Juiz no processo civil”, em “Participação e Processo”, pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

2. O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de interesse geral e os Juízes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, são convocados ao exercício desta prerrogativa. Artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

3. No caso dos Tribunais, em particular, se a inviabilidade da ação é absoluta e, assim, está vinculada às questões de ordem pública, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o efeito translativo. Precedente do STJ: REsp 609144 - Ministro Teori Albino Zavascki, Relator.

4. Entidade autora da ação civil pública que tem a pretensão de representar a tudo e a todos, na área de sua “jurisdição”, integrada, inclusive, pelo próprio Poder Judiciário, através de simples cooptação estatutária, em ato de manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito.

5. O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico. Precedente: ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora.

6. Ação civil pública aparelhada em dezenas de pedidos tumultuários, desconexos, laudatórios e, até, catastróficos, como é o caso da “não abertura das comportas do Sistema Cantareira quando da época das cheias”, com potencial repercussão trágica sobre uma das maiores concentrações populacionais do mundo.

7. Extinção da ação civil pública, de ofício, pela via do efeito translativo, prejudicado o agravo de instrumento.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0080242-48.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 09/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2011 PÁGINA: 714).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal aponta a extinção do processo, sem o julgamento de mérito, por ausência de pressuposto objetivo, matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em qualquer grau de jurisdição.

ACÇÃO ORDINARIA DE NULIDADE E CANCELAMENTO DE REGISTRO DE IMÓVEL AJUIZADA PELA UNIÃO FEDERAL CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, SOB A ALEGAÇÃO DE SER O IMÓVEL, ANTERIORMENTE DESAPROPRIADO PELO ESTADO, DE SUA PROPRIEDADE (TERRENO ACRESCIDO DE MARINHA), ESTANDO APENAS OCUPADO POR PARTICULAR QUE NÃO LHE DETINHA O DOMÍNIO. INEPCIA DE PETIÇÃO INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO (ART. 267, IV, CPC). (ACO 345, Relator(a): CÉLIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1987).

Rcl 722 AgR/DF.

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Tribunal Pleno.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. SUPOSTA AFRONTA AO DECIDIDO POR ESTA CORTE NA ADI 1.668/DF. PEDIDO INCERTO E GENÉRICO. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - O pedido mostra-se incerto, razão pela qual se tem como inepta a petição inicial e, por consequência, a necessária extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

II - Precedentes.

III - Agravo regimental improvido.

Por tais fundamentos, *de ofício, declaro a ineptia insanável da petição inicial da ação civil pública.*

Julgo extinto o processo, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil. Prejudicados os agravos de instrumento e agravos internos.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA **5000638-91.2016.4.03.6102**

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: NETAFIM BRASIL SISTEMAS E EQUIPAMENTOS DE IRRIGAÇÃO LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/09/2020

EMENTA

AGRAVO INTERNO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS DESTACADO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

- Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

- Ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

- No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

- O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

- Em relação ao RE nº 592616-RS, a pendência de julgamento não provoca a necessidade de sobrestamento do presente feito, vez que não houve expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante entendimento firmado pelo STJ, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.

- A decisão embargada não afronta ao STJ (tema 634 - REsp nº 1.330.737/SP).

- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, realizado de acordo com o artigo 942 do Código de Processo Civil, a Sexta Turma,

por maioria, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelos votos da Desembargadora Federal Diva Malerbi e dos Desembargadores Federais Johonsom di Salvo e Nery Junior, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado o Relator pela conclusão. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face de decisão ID 129049361.

Requer a União a suspensão do presente feito, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral no RE nº 592.616 (Tema 118 do STF), que trata do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, bem como alega inovação recursal quanto à exclusão do ICMS destacado na nota fiscal.

Por fim, requer a União Federal a reconsideração da r. decisão recorrida.

A parte agravada apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

“Os embargos de declaração, cabíveis contra qualquer decisão judicial, possuem a função específica de esclarecer ou integrar o julgado, sanando obscuridades, contradições ou omissões, bem como de corrigir erros materiais.

No caso em análise, revendo os autos, observo que assiste razão, em parte, às embargantes, no que tange às alegações que passo a explicitar:

Da decisão ultra petita ou fundamentação utilizada para reforçar o entendimento do magistrado em argumento obter dictum menção de dispositivos legais que não estão vinculados ao PIS e à COFINS, mas sim à Contribuição Previdenciária sobre a Receita.

Ressalto que o cerne da questão cinge-se à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, os precedentes trazidos pela decisão embargada foram empregados tão somente como reforço de argumentação (obter dictum), não integrando resultado do julgamento e, por não aludirem diretamente ao tema deduzido em juízo, não interferem no dispositivo.

Da obscuridade ou contradição: compensação cruzada. art. 26-A da lei 13.670/18

Reconheço a contradição e o erro de fato no tocante à compensação no que se refere à introdução do artigo 26-A da Lei 13.670/18.

Para sanar, onde se lê:

“Desse modo, os créditos de PIS e COFINS decorrentes de exportação pode ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, exceto com contribuições previdenciárias.

Ressalta-se que, houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 -A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do eSocial.

Portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.”

Leia-se:

“Outrossim, houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 -A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas - e-Social. Portanto, com a edição da referida Lei 13.670, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, dentro dos limites da norma autorizativa.

Ressalte-se que aplicando à compensação a regra vigente ao ajuizamento da demanda, cabe a compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições previdenciárias, observados os requisitos e condições legais, para as ações ajuizadas após a edição da Lei 13.670/2018. Tratando-se de demanda proposta antes da referida Lei 13.670, não há que se cogitar da sua incidência”.

Da contradição sobre a necessidade de sobrestamento dos processos quanto ao tema 69.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Do reconhecimento de que ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal.

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado

mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Demais disso, aplicado o entendimento firmado pelo Pretório Excelso, ressalte-se que o ICMS a ser abatido da base de cálculo das contribuições já referidas é aquele destacado em nota fiscal.

Conclusão

Dessa forma, ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração opostos pela UNIÃO - FAZENDA NACIONAL e por NETAFIM BRASIL SISTEMAS E EQUIPAMENTOS DE IRRIGAÇÃO LTDA, para sanar os vícios apontados.”

Ademais, em relação ao RE nº 592616-RS, a pendência de julgamento não provoca a necessidade de sobrestamento do presente feito, vez que não houve expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante entendimento firmado pelo STJ.

A propósito:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MATÉRIA PENDENTE DE TRÂNSITO EM JULGADO NO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA ADI N. 1.851/AL DO STF. ESTADO DE SÃO PAULO. PRECEDENTES. SÚMULA N. 280/STF. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO OCORRÊNCIA. DECLARAÇÃO DE DIREITO A COMPENSAÇÃO. SÚMULA N. 213/STJ. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS. POSSÍVEL. CORREÇÃO MONETÁRIA DE CRÉDITOS ESCRITURADOS. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. SÚMULA VINCULANTE N. 17/STF.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de restituição de valores recolhidos de ICMS no regime de substituição tributária na hipótese de não ocorrência do fato gerador, ainda que o preço de venda tenha sido inferior à base de cálculo presumida.

2. É entendimento pacífico nesta Corte Superior que “a pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ, salvo determinação expressa da Suprema Corte”. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.413.554/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/11/2014; AgRg no REsp 1.303.662/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 13/3/2015. (...)

(ADRESP 201301326370 / STJ - SEGUNDA TURMA / MIN. HUMBERTO MARTINS / DJE DATA:22/10/2015)

Outrossim, a decisão embargada não afronta ao STJ (tema 634 - REsp nº 1.330.737/SP). Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ISS NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS (JULGAMENTO FEITO SOB A ÉGIDE DO ENTENDIMENTO DO STF EM CASO ANÁLOGO). POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO FEITO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Possibilidade de apreciação destes aclaratórios e do caso em si: (i) porque a decisão plenária do STF que adotou a tese 69 (O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins) - onde se baseou o aresto embargado - embora submetida a embargos de declaração em que se pede a modulação de feitos, está vigorando; (ii) embora o STJ tenha posição tomada em sede de repercussão geral pela incidência do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, o tema acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Melo), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: “O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsp 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)...” (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017). (iii) não se deve pensar que qualquer decisão destes embargos restará infrutífera - ou representará afronta ao STJ (tema 634 - REsp nº 1.330.737/SP) - porque foi adotada a posição do STF (tese 69) em situação em todo análoga a que está sub judice neste feito. Ademais, o caráter não cumulativo do ICMS é irrelevante para distingui-lo, na situação aqui tratada, do ISS, pois a discussão gira em torno da inclusão de um tributo na composição quantitativa de outro tributo. A propósito, é certo que o STJ vem mantendo sua jurisprudência, mas conhece-se voto vencido do sr. Min. Napoleão Maia no sentido de que “o posicionamento do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS” (EDcl no AgInt no AgInt no AgRg no REsp 1068235/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/08/2017).

2. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da parte recorrente com os fundamentos adotados no decisor e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Restou devidamente consignado no decisor que a recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS, de caráter vinculativo, aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica, cabendo julgamento imediato, nos termos da jurisprudência remansosa das cortes superiores, independentemente de publicação ou do trânsito em julgado do acórdão paradigma.

3. O acórdão também assentou que a tese da repercussão geral fixada no RE nº 574.706 foi publicada no DEJ de 20.03.2017 e que eventual modulação do julgado não tem o condão de impedir o imediato julgamento dos recursos pendentes.

4. Ou seja, o acórdão deixou clara a inexigibilidade da suspensão do curso processual ante a fixação da tese de que o ICMS - e consequentemente o ISS- não compõe a base de cálculo do PIS/COFINS, inexistindo óbice a sua pronta aplicação mesmo com a oposição de embargos de declaração no RE 574.706.

(2009.61.10.005656-1/SP/ Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO. D.E .02.07.2018)

Da alegação de inovação recursal quanto à incidência do ICMS destacado da base de cálculo do PIS/COFINS.

Cumprе ressaltar que a decisão encontra-se de conformidade com o julgamento do RE n. 574706.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reconsideração da decisão ora agravada.

Diante do exposto, *voto por negar provimento ao agravo interno interposto.*

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

O Desembargador Federal FÁBIO PRIETO: Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5012321-93.2019.4.03.0000

Agravantes: VIVALDI CAMARGO BARBEIRO, MARIA HELENA RODRIGUES DE ANDRADE BARBEIRO, VITOR ANDRADE BARBEIRO

Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Interessadas: I.B.F. INDÚSTRIA BRASILEIRA DE FERROLIGAS LTDA - ME, COMERCIAL IMPORTADORA EXPORTADORA FORMILIGAS LTDA - ME

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/09/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE PROVA. CONSTRIÇÃO SOBRE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMPENHORABILIDADE.

1. Releva notar que a alegação de cerceamento aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa ante a ausência de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não foi enfrentada pelo MM. Juiz de origem na decisão ora impugnada.

2. Com efeito, a matéria deve ser submetida perante o MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.

3. Assim, não analisado o pleito, não há razão para esta Corte firmar posicionamento acerca do pedido, devendo ele ser julgado primeiramente pelo juiz singular, sob pena de malferir o princípio do juiz natural e suprimir-se um grau de jurisdição.

4. O artigo 5º da Lei 8.009/90 dispõe que “*para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente*”.

5. Não há prova nos autos de que o referido imóvel é a residência do agravante e de seus familiares.

6. Em outro giro, conforme constou na decisão atacada, a aquisição do imóvel e os pagamentos pertinentes ocorreram em período contemporâneo aos indícios de fraudes, motivo pelo qual restou afastada a norma protetiva do bem de família, ante a possível caracterização de má-fé do proprietário, ora agravante.

7. Em consonância com o entendimento firmado pelo C. STJ, “*impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, (REsp 1.121.719/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Segunda do CPC*” Seção, julgado em 12/02/2014, publicado no DJe de 04/04/2014).

8. No tocante ao bloqueio do valor decorrente do plano de previdência privada, essencial para a subsistência do recorrente Vivaldi Camargo Barbeiro e de sua família, de modo que deve ser reconhecida sua natureza alimentar, na forma do art. 833, IV, do CPC.

9. Agravo de instrumento parcialmente provido, para determinar o desbloqueio do valor decorrente do plano de previdência privada de Vivaldi Camargo Barbeiro.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento, para determinar o desbloqueio do valor decorrente do plano de previdência privada de Vivaldi Camargo Barbeiro, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e ANDRÉ NABARRETE. Ausente, justificadamente, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VIVALDI CAMARGO BARBEIRO E OUTROS em face de decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de liberação da penhora de bem imóvel, bem como em relação à previdência privada do recorrente Vivaldi (id 61779251 - Pág. 13/15).

Aduz que

(...) não houve o estrito cumprimento do quando disposto no art. 133 do CPC, havendo a inclusão das pessoas jurídicas e físicas, sem que fosse respeitado o devido processo legal, notadamente considerando que estão sendo privadas de seu direito de propriedade, em arrepio ao art. 5º, LIV, da CF, que, assim, está sendo contrariado pelo MM. Juízo *a quo*.

Está evidente que houve cerceamento aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa dos Agravantes que são constitucionalmente assegurados, além de haver ilegal recusa de cumprimento do procedimento estabelecido pelo CPC.

A ausência de instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica foi sustentada na origem para postular-se a respectiva nulidade, tendo, contudo e lamentavelmente o MM. Juízo *a quo* entendido que em execuções fiscais se aplica o CTN e não o CPC. (...).

Relata que

(...) o bem de família dos Agravantes, *adquirido desde abril de 2005*, se trata do apartamento de nº 241, situado no Condomínio Edifício Marrion Luxury Edition, na Rua Caiubi, nº 489, em Perdizes, São Paulo/SP, matriculado sob o nº 116.855 no 2º CRI.

Como o pagamento do bem de família transcorreu por mais de 5 anos, a escritura definitiva foi outorgada aos 29.06.2010, como se verifica do instrumento público que segue anexo.

As contas de consumo anexa e as declarações de imposto de renda ao longo dos anos, informando como endereço residencial justamente o bem de família, não deixam dúvida da respectiva condição.

E, com todo respeito, em se tratando do bem de família dos Agravantes é inasfatável a respectiva impenhorabilidade, devendo haver a respectiva liberação com a reforma da r. decisão agravada.

Os fundamentos da r. decisão agravada para pretender indeferir a liberação são, com todo respeito e acatamento, insustentáveis.

A r. decisão agravada ignora a existência de compromisso de compra e venda celebrado em 2005, mas somente considera a escritura pública e registro na matrícula imobiliária, o que é inadmissível, uma vez que, como dito, o pagamento da aquisição se alongou por 5 longos anos, somente quando, então, houve a outorga da escritura pública com registro dela na matrícula. Ademais, também como comprovado, a aquisição ocorreu no de vendas, de modo que, não havia sequer stand se iniciado a construção do prédio, razão pela qual não há que se exigir a matrícula imobiliária do apartamento daquela época.

Não obstante isso, em contrassenso, a própria r. decisão agrava reconhece a aquisição na planta, mas prefere ignorá-la e ferir de morte o direito de propriedade do Agravante a proteção legal de seu bem de família.

Além do que, diferentemente do que foi sustentado na r. decisão agravada, a aquisição do imóvel na planta pelos Agravantes OCORREU em 2005, enquanto que a ação de execução fiscal de origem somente foi ajuizada aos 24.01.2012 – OU SEJA, quase 7 anos depois.

E os impostos objeto das CDAs excutidas se referem também a lançamentos posteriores a aquisição do imóvel, em 2006 e 2007, de modo que, a alegação da Agravada encampada pela r. decisão agravada não pode prevalecer em absoluto.

Notadamente porque, os pagamentos se alongaram por 5 anos, com o salário do Agravante Vivaldi enquanto empregado celetista da devedora executada, que desconhecia por absoluto os procedimentos dos sócios dela quanto a questões fiscais, cuja modicidade das parcelas, bem afasta qualquer ilação de que a aquisição tenha ocorrido com o produto de qualquer ato ilícito.

Logo, não se aplica *in casu* qualquer excludente da proteção do bem de família. (...).

Alega que o

(...) Agravante Vivaldi, empregado celetista da Formiligas, na condição de gerente sempre teve um bom salário e, como retro consignado, dos seus proventos e rendimentos, sempre poupou parte deles mensalmente, até amealhar um pequeno pecúlio, sempre pensando nos dias futuros e em sua aposentadoria. No que se constituiu sua previdência privada.

Essa previdência privada, ficou absolutamente evidente como necessário quando o Agravante Vivaldi foi enxotado da IBF e teve o contrato de pejetização rescindido, e, assim, secou seu salário mensal e, então, passou a viver e sustentar sua família justamente com os rendimentos da previdência privada.

Logo, também por isso, absolutamente data venia, é insustentável a indisponibilidade e penhora da previdência privada do Agravante, que foi amealhada ao longo da vida, e não contemporaneamente aos fatos descritos pela Fazenda Nacional. C. TRF3, irregularmente, sem instauração de incidente de desconsideração, portanto, em desacordo com o devido processo legal, está havendo uma inadmissível antecipação de condenação antes de qualquer contraditório ou da ampla defesa e privação dos Agravantes de seus bens, contrariando o art. 5º, LIV, da CF.

Assim, E, o mínimo existencial a que os Embargantes necessitam para sobreviver com dignidade importa a liberação da poupança deles pessoas físicas, que lhe foram tomadas abruptamente, porquanto sobrevivem do respectivo rendimento. O custo de vida dos embargantes, pai, mãe e filho, que coabitam o mesmo bem de família é elevado, de modo que, necessitam da integralidade de sua poupança.

Assim sendo, por recair sobre provento impenhorável, na forma do art. 833, IV, do CPC, a r. decisão agravada deve ser reformada para afastar a indisponibilidade e penhora sobre a previdência privada do Agravante Vivaldi. (...).

Recurso processado sem a concessão do efeito suspensivo (id 71812776).

Com resposta da parte agravada (id 80330011).

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Peço vênia para reportar-me aos fundamentos da decisão proferida quando da apreciação do pedido de efeito suspensivo, a qual reproduzo como razões de decidir:

(...)

Inicialmente, releva notar que a alegação de cerceamento aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa ante a ausência de instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica não foi enfrentada pelo MM. Juiz de origem na decisão ora impugnada.

Com efeito, a matéria deve ser submetida perante o MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.

Assim, não analisado o pleito, não há razão para esta Corte firmar posicionamento acerca do pedido, devendo ele ser julgado primeiramente pelo juiz singular, sob pena de malferir o princípio do juiz natural e suprimir-se um grau de jurisdição.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, DIVERSIDADE DE PARTES. REUNIÃO DE VÁRIAS EXECUÇÕES FISCAIS. FACULDADE DO JUIZ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A 1a. Seção desta Corte, julgando recurso sob o rito do art. 543-C do CPC, REsp. 1.158.766/RJ (Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.9.2010), entendeu que, nos termos do art. 573 do CPC, c/c 28 da Lei 6.830/80, a cumulação de várias execuções fiscais é uma faculdade outorgada ao juiz e não um dever.

2. No caso, por se tratar de uma faculdade e não de um dever do Juiz em reunir todas as execuções fiscais, não há razão para modificação do julgado. Ademais, não estava obrigado o Tribunal de origem, em sede de Agravo de Instrumento, analisar todas as questões que são próprias do mérito recursal dos Embargos à Execução, sob pena até mesmo de incorrer em supressão de instância.

3. Agravo Interno do particular desprovido.

(STJ, AgInt no AREsp 758834/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 06/02/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIOS NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO. SUPRESSÃO DE GRAU. CONTRADITÓRIO.

1. Não obstante a prescrição seja matéria de ordem pública, não é factível o exame em sede recursal, sem que antes sejam submetidas ao magistrado singular.

2. A par disto, ainda no que concerne à prescrição, é imprescindível a oitiva da parte contrária, haja vista que ela pode, eventualmente, sustentar a ocorrência de causa interruptiva.

3. É inviável ao tribunal manifestar-se sobre a matéria de defesa, nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição e ofensa ao princípio do contraditório.

4. O agravante não afastou a fundamentação da decisão agravada, de modo que não se sustenta a alegação de inexistência de ato fraudulento.

5. O exame da questão relativa à não ocorrência de fraude demanda efetiva dilação probatória, somente viável em sede de embargos à execução.

6. Agravo regimental prejudicado, agravo de instrumento parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

(TRF3, AI nº 0014623-30.2012.4.03.0000/SP - Rel. JUIZ Federal Convocado PAULO SARNO - julgado em 07.03.2013 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 15.03.2013)

Da penhora sobre o bem imóvel

O artigo 5º da Lei 8.009/90 dispõe que “para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”.

Não há prova nos autos de que o referido imóvel é a residência do agravante e de seus familiares. Em outro giro, conforme constou na decisão atacada, a aquisição do imóvel e os pagamentos pertinentes ocorreram em período contemporâneo aos indícios de fraudes, motivo pelo qual restou afastada a norma protetiva do bem de família, ante a possível caracterização de má-fé do proprietário, ora agravante.

No sentido exposto colho os seguintes precedentes do C. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. ABUSO DE DIREITO. DOAÇÃO FRAUDULENTA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. NECESSIDADE. FATO NOVO INCAPAZ DE INFLUENCIAR NA PRESENTE DEMANDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior tem conferido a mais ampla proteção ao bem de família, promovendo, sempre que possível, a interpretação do art. 3º da Lei 8.009/90 mais favorável à entidade familiar, inclusive entendendo que a questão é matéria de ordem pública, suscetível de análise a qualquer tempo e grau de jurisdição.

2. *A proteção, todavia, não pode ser utilizada para abarcar atos diversos daqueles previstos na Lei 8.009/1990, afastando-se a proteção quando verificada a existência de atos fraudulentos ou constatado o abuso de direito pelo devedor que se furta ao adimplemento da sua dívida, sendo inviável a interpretação da norma sem a observância do princípio da boa-fé, como ocorreu na presente hipótese. Precedentes.*

3. Alegação de fato que não é capaz de influenciar na presente decisão.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1494394/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 16.06.2016, publicado no DJe de 23.06.2016, destaquei).

RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VENDA DE BENS EM FRAUDE À EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAUDE QUE INDICA ABUSO DE DIREITO.

1. Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude à execução: *atuou também com fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90, uma vez que procura utilizar a proteção conferida pela Lei com a clara intenção de prejudicar credores.*

2. Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90. 3. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1299580/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 20.03.2012, publicado no DJe de 25.10.2012 RDDP vol. 118 p. 165, destaquei).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. ART. 1º DA LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E MÁ-FÉ DO PROPRIETÁRIO, QUE OFERTOU O BEM EM GARANTIA PARA INGRESSO NO REFIS. INADIMPLÊNCIA DO PARCELAMENTO. EXCLUSÃO. EXECUÇÃO DA GARANTIA. PENHORA. INAPLICABILIDADE DA REGRA PROTETIVA.

1. Resume-se a controvérsia em definir se o bem de família, ofertado como garantia para ingresso no REFIS, pode ser penhorado quando o contribuinte é excluído do parcelamento fiscal por inadimplência.

2. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.

3. Trata-se, todavia, de situação peculiar, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta violação da boa-fé objetiva, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário.

4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.

5. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1200112/RJ, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, publicado no DJe de 21.08.2012 RDDP VOL.:00115 PG:00155 RDDT VOL.:00206 PG:00175, destaquei).

Da penhora sobre a previdência privada

A garantia de impenhorabilidade estabelecida no artigo 833, IV, do CPC visa à proteção do empregado relativamente às verbas necessárias ao seu sustento e da sua família.

A corroborar, colho o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BACENJUD. ADVENTO DA LEI Nº 11.382/2006. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE TODAS AS VIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS DO EXECUTADO. POSIÇÃO DO STJ. RECURSO REPETITIVO. PEDIDO DE DESBLOQUEIO DE CONTA BANCÁRIA DESTINADA AO PAGAMENTO DE FOLHA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE NÃO RECONHECIDA.

I. Insurge-se a agravante contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de liberação dos valores bloqueados em suas contas bancárias, considerando não haver comprovação suficiente de que se cuidava de quantia referente ao pagamento dos empregados da executada/agravante.

II. O STJ sedimentou entendimento sobre a questão, no sentido de que “...a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC)” - RESP 1184765, DJE 03/12/2010, Relator Ministro Luiz Fux.

III. A impenhorabilidade se destina a proteger as verbas devidas como contraprestação ao trabalho e destinadas ao sustento do trabalhador e de sua família.

IV. Enquanto depositado em conta de titularidade da empresa, não se pode considerar que o montante possa ser considerado salário, porque ainda não se incorporou ao patrimônio do trabalhador. O fato de, em tese, se destinar ao pagamento da folha não atribui ao dinheiro a qualidade de impenhorável.

V. Agravo de instrumento improvido.

(TRF5, AG nº 00074258220124050000, Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, julgado em 07/08/2012, DJE 09/08/2012, pág.: 444, destaquei)

Ademais, em consonância com o entendimento firmado pelo C. STJ, “impenhorabilidade dos

valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC” (EREsp 1.121.719/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 12/02/2014, publicado no DJe de 04/04/2014). Na hipótese dos autos, verifica-se da decisão agravada que o MM. Juiz de origem determinou a liberação do benefício previdenciário do recorrente, bem como de 40 salários mínimos. (...)

Neste particular, não havendo nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida, não merece acolhida a pretensão deduzida neste recurso.

No tocante ao bloqueio do valor decorrente do plano de previdência privada, entendo ser essencial para a subsistência do recorrente Vivaldi Camargo Barbeiro e de sua família, de modo que reconheço sua natureza alimentar, na forma do art. 833, IV, do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar o desbloqueio do valor decorrente do plano de previdência privada de Vivaldi Camargo Barbeiro.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA

5028727-92.2019.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Réu: JESUS MONTEIRO HERNANDES
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2020

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V, DO CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ADEQUAÇÃO AOS TETOS ESTABELECIDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 20/1998 E 41/2003. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA CONTROVERTIDA À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DO JULGADO RESCINDENDO. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1 – À época do julgado rescindendo (23/05/2017), a questão referente ao termo inicial do prazo prescricional de que trata o parágrafo único do artigo 103 da Lei n.º 8.213/91, considerando o ajuizamento de demanda individual sobre matéria tratada em antecedente ação coletiva mostrava-se controvertida nos tribunais.

2 - O r. julgado rescindendo apenas adotou uma das soluções possíveis para o caso, razão pela qual resta afastada a hipótese de rescisão prevista no artigo 966, V, do CPC de 2015.

3 - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita ou ao afastamento de sua incidência no caso, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula n. 343 do STF

4 – Ação Rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente a presente ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de Ação Rescisória ajuizada em 05/11/2019 pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fulcro no artigo 966, inciso V, do CPC, em face de JESUS MONTEIRO HERNANDES, objetivando a desconstituição do v. acórdão proferido nos autos do processo nº 2015.61.83.009104-3, que negou provimento à apelação da Autarquia e deu provimento à apelação da parte autora, para fixar a prescrição quinquenal considerando as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183 e fixou, de ofício, os consectários legais.

Alega o INSS que o r. julgado em questão incorreu em violação de norma jurídica, ao utilizar o marco da citação da ação civil pública para contagem da prescrição, visto que o artigo 104 da Lei 8.078/90, aplicável às ações civis públicas por força do artigo 21 da Lei nº 7.347/85, consagra a independência entre as ações coletivas e as individuais, estipulando que a existência das primeiras não induz litispendência para as últimas. Assim, como a parte ré deu prosseguimento à sua ação individual, buscando afastar a incidência da ação coletiva, para obter provimento próprio, não poderia utilizar a data do ajuizamento desta última como marco para contagem da prescrição. Pleiteia o INSS a concessão da tutela provisória de urgência para suspender a execução do julgado rescindendo.

Foi deferida a tutela provisória de urgência, apenas para determinar a suspensão da execução da r. decisão rescindenda.

Regularmente citada, a parte ré apresentou contestação, alegando a inexistência de violação de lei, pois a eficácia da coisa julgada em sede de Ação Civil Pública não ficava restrita às partes da demanda, alcançando todos os indivíduos prejudicados que se encontrassem na mesma situação que havia sido objeto de discussão na demanda coletiva, desde que os mesmos fossem concretamente afetados pelo dano cuja ação civil pública almejava ressarcir ou reparar. Aduz ainda que o INSS busca apenas a rediscussão da matéria objeto da ação originária, não existindo qualquer fundamento para propositura de ação rescisória. Por tais razões, requer a improcedência da presente demanda.

Foi deferido o pedido de concessão de justiça gratuita à parte ré.

O INSS apresentou réplica.

O INSS e a parte ré apresentaram suas razões finais.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular processamento do feito sem a sua intervenção.

É o Relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Inicialmente, cumpre observar que o v. acórdão rescindendo transitou em julgado em 27/11/2018 (ID nº 104213671 – p. 28). Por consequência, tendo a presente demanda sido ajuizada em 05/11/2019, conclui-se que não foi ultrapassado o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 975 do CPC.

Pretende o INSS a desconstituição parcial do v. acórdão que julgou procedente o pedido de revisão do benefício concedido à parte autora (ora ré), observando como limite máximo os valores previstos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003, ressalvada a prescrição quinquenal contada do ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183. Alega o INSS que o r. julgado em questão incorreu em violação de norma jurídica, ao utilizar o marco da citação da ação civil pública para contagem da prescrição, visto que o artigo 104 da Lei 8.078/90, aplicável às ações civis públicas por força do artigo 21 da Lei nº 7.347/85, consagra a independência entre as ações coletivas e as individuais, estipulando que a existência das primeiras não induz litispendência para as últimas.

Respeitante à alegada violação de norma jurídica, assim estabelece o art. 966, V, do CPC:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica.”

Consoante comentário ao referido dispositivo legal, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, o qual traz lição de Pontes de Miranda e Barbosa Moreira: “*Lei aqui tem sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, etc*”.

Desta feita, a norma ofendida não precisa necessariamente ser veiculada por lei, para admissão do litígio rescisório.

Todavia, para a viabilidade da ação rescisória fundada no art. 966, V, do CPC de 2015, é forçoso que a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não será admitida a rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe o contorno de recurso. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência no E. Superior Tribunal de Justiça, como anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição atualizada, 2009 (Nota 20: art. 485, inc. V, do CPC).

A ora ré ajuizou a demanda originária, objetivando a revisão de seu benefício previdenciário, observando como limite máximo os valores previstos nas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003.

A r. sentença julgou procedente o pedido. Após a interposição de recursos de apelação pelo INSS e pela parte autora, foi proferido o seguinte acórdão pela Décima Turma desta E. Corte:

“(…)

No presente caso, verifico que o benefício em questão, com DIB em 17.11.1989, percebido pela parte autora, sofreu a referida limitação (fl. 24), sendo, de rigor, a procedência do pedido, ressaltando que os valores eventualmente pagos administrativamente devem ser compensados em fase de execução.

Por fim, saliento que o disposto no artigo 195, § 5º, da Constituição da República e no artigo 59 do ADCT, referente à fonte de custeio, não constitui óbice à revisão pretendida pela parte autora, visto que os comandos constitucionais são destinados ao legislador ordinário, não tendo o condão de inviabilizar o direito garantido constitucionalmente.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Com relação à prescrição quinquenal, revendo entendimento anteriormente adotado, reconheço a interrupção da prescrição pelo ajuizamento da Ação Civil Pública nº 004911-28.2011.4.03.6183, pelo Ministério Público Federal, em defesa dos segurados da Previdência Social, tendo em vista o entendimento consolidado nesta Colenda Turma, expresso, dentre outros, no seguinte julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTERRUÇÃO.

I - O E. STF, no julgamento do RE 564354/SE, entendeu ser possível a readequação dos benefícios aos novos tetos constitucionais previstos nas Emendas 20/98 e 41/03, considerando o salário de benefício apurado à época da concessão administrativa.

II - Considerando que o benefício da parte autora, concedido no período denominado “buraco negro”, foi limitado ao teto máximo do salário-de-contribuição, o demandante faz jus às diferenças decorrentes da aplicação dos tetos das Emendas 20 e 41, por meio da evolução de seus salários de benefícios pelos índices oficiais de reajuste dos benefícios previdenciários.

III - No que tange ao termo inicial da prescrição quinquenal, o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal em defesa dos segurados da Previdência Social implica interrupção da prescrição, porquanto efetivada a citação válida do réu naqueles autos, retroagindo a contagem à data da propositura da ação (CPC, art. 219, *caput* e § 1º). Registre-se, ainda, que o novo Código Civil estabelece que a prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado, a teor do disposto em seu artigo 230.

IV - Agravo do INSS improvido (art. 557, § 1º, do CPC)”(AC 2014.61.41.000572-1, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJe 05.11.2015).

Com relação aos honorários advocatícios, mantenho-os como fixados na sentença, conforme as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do art. 85, do CPC/2015.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Anote-se, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado ao benefício concedido, a mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei nº 8.213/1991).

Diante do exposto, nego provimento à apelação do INSS e dou provimento à apelação da parte autora, para fixar a prescrição quinquenal considerando as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183 e fixo, de ofício, os consectários legais, tudo na forma acima explicitada.

É como voto.”

Na espécie, o r. julgado rescindendo considerou que o ajuizamento de Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183 em 05/05/2011 pelo Ministério Público Federal em defesa dos segurados da Previdência Social perante o Juízo da 1ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo-SP, objetivando o cumprimento do que foi decidido no RE 564.354 para todos os segurados, implicaria a interrupção da prescrição relativa à pretensão formulada na ação originária pela parte autora (ora ré).

Por esta razão, entendeu o r. julgado rescindendo que o termo inicial da prescrição deveria retroagir à data do ajuizamento da Ação Civil Pública aludida acima.

Nesse ponto, cumpre observar que a ação civil pública é independente da ação individual, conforme se observa da transcrição do artigo 104 da Lei nº 8.078/90:

“Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

E, no caso dos autos, ao propor a ação originária individual, a parte autora optou por não se submeter ao alcance da ação coletiva, desobrigando-se do compromisso de ajustamento firmado entre o Ministério Público e o INSS na referida ação civil pública.

Dessa forma, a meu ver, ao se eximir dos termos do acordo firmado na ação civil pública, não se lhe aplica o marco interruptivo da prescrição pretendido, mas sim a data em que citado o INSS na demanda individual, conforme preconiza o artigo 240, § 1º, do CPC de 2015, correspondente ao art. 219, § 1º, do CPC de 1973.

Esse entendimento inclusive vem sendo adotado pelo C. STJ, conforme demonstram os julgados abaixo transcritos:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ADEQUAÇÃO AOS NOVOS TETOS DO RGPS INSTITUÍDOS PELAS ECS 20/1998 E 41/2003.

1. Cuidaram os autos, na origem, de Ação visando à readequação da RMI de aposentadoria, implantada em 1989, pelo teto máximo do RGPS. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para readequar o benefício aos novos tetos, limitando os atrasados ao lustro que antecedeu a Ação Individual. O acórdão negou provimento às Apelações e à Remessa Necessária.

2. O particular pretende a decretação da interrupção da prescrição a partir da Ação Civil Pública, afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91.

3. O INSS requer seja reconhecida a ocorrência da decadência e/ou a impossibilidade de majoração do benefício do autor, tendo em vista que não restou nenhum efeito patrimonial da incidência do teto quando da entrada em vigor das EC 20/1998 e 41/2003. Alternativamente, requer seja fixado que o início do pagamento das parcelas em atraso deve retroagir à data da citação, bem como determinado que, a partir de 29.6.2009, os juros e a correção monetária incidam nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1994.

4. Houve acordo para a adequação aos juros nos termos postos pelos recorrentes (fls. 368, 379, 380-381, e-STJ).

5. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Com efeito, a instância *a quo* esclareceu que o entendimento do STF também é aplicado aos benefícios concedidos antes da vigência da Constituição Federal de 1988, época em que a legislação previdenciária também estabelecia tetos limitadores, no caso o menor e o maior valor-teto, aplicáveis ao valor do salário de benefício (arts. 21 e 23 da CLPS/1984, arts. 26 e 28 da CLPS/1976 e art. 23 da LOPS). 6. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” Cumpre ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

7. No que diz respeito à prescrição, o aresto recorrido não destoa da orientação desta Corte Superior de que, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da Ação Individual.

8. Nesse cenário, conquanto interrompido pela Ação Coletiva o prazo prescricional relativo à discussão do fundo de direito, a opção da parte em iniciar e dar sequência à Ação Ordinária Individual, posteriormente ao ajuizamento da Ação Coletiva e antes de seu trânsito em julgado, torna o feito individual processualmente autônomo e independente do litígio coletivo,

fato esse que desloca o termo inicial da prescrição das prestações vencidas para o momento do ajuizamento da Ação Ordinária Individual.

9. Recursos Especiais não conhecidos, e condenadas as partes ao pagamento de honorários recursais correspondentes a 10% (dez por cento) sobre a verba sucumbencial fixada na origem, observando-se eventual concessão do benefício da Justiça Gratuita deferida nos autos.” (REsp 1787847/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 29/05/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AÇÃO INDIVIDUAL AUTÔNOMA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973.

II - O ajuizamento de ação coletiva somente tem o condão de interromper a prescrição para o recebimento de valores ou parcelas em atraso de benefícios cujos titulares optaram pela execução individual da sentença coletiva (art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor) ou daqueles que, tendo ajuizado ação individual autônoma, requereram a suspensão na forma do art. 104 do mesmo diploma legal.

III - No caso em tela, o ajuizamento da Ação Civil Pública n. 0004911-28.2011.4.03.6183 não implica a interrupção da prescrição para o Autor, porquanto este não optou pela execução individual da sentença coletiva.

IV - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Honorários recursais. Não cabimento. VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.”

(AgInt no REsp 1747895/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 16/11/2018)

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. BENEFÍCIO ANTERIOR À CF/1988. PRECEDENTES. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. Trata-se, na origem, de Ação Revisional para a readequação da renda mensal do benefício previdenciário, considerando a superveniência da edição das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, que estabeleceram novos valores máximos (valor-teto) para os salários de benefício e salários de contribuição do Regime Geral de Previdência Social.

2. A sentença julgou a ação procedente para condenar o INSS a revisar o valor do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, pela aplicação dos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 e a pagar as diferenças vencidas não atingidas pela prescrição, ou seja, anteriores a cinco anos contados do ajuizamento da Ação Civil Pública 0004911-28.2011.4.03, o que foi mantido pelo Tribunal na origem.

3. Constato que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia,

em conformidade com o que lhe foi apresentado. 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. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.

4. O STJ vem afastando o prazo decadencial em questões não abarcadas pelo Tema 544 do STJ, oriundo dos Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, quando o pedido é para que incidam normas supervenientes à data da aposentadoria do segurado, para adequar a renda mensal do benefício aos Tetos Constitucionais previstos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, a exemplo do REsp 1.420.036/RS. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.638.038/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/10/2017; AgInt no REsp 1.618.303/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/9/2017; REsp 1.420.036/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 14/5/2015.

5. No que se refere à interrupção da prescrição por força de Ação Civil Pública, o STJ tem entendido que a propositura de ação coletiva interrompe a prescrição apenas para a propositura da ação individual. Em relação ao pagamento de parcelas vencidas, a prescrição quinquenal tem como marco inicial o ajuizamento da ação individual. A propósito: REsp 1.740.410/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 5/6/2018; EDcl no REsp 1.669.542/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/10/2017; AgInt no REsp 1.645.952/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 8/5/2018.

6. Quanto ao mérito, o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia embasado em premissas eminentemente constitucionais, o que inviabiliza a sua revisão pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial, tendo em vista a necessidade de interpretação de matéria de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da Constituição Federal. A propósito: REsp 1.696.571/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; REsp 1.664.638/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2017.

7. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido para acolher a tese da prescrição quinquenal, tendo como marco inicial o ajuizamento da presente ação individual.”

(REsp 1763880/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 16/11/2018)

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APLICAÇÃO DOS TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. DECADÊNCIA. ART. 103, *CAPUT*, DA LEI 8.213/1991. NÃO INCIDÊNCIA. READEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO. REVISÃO. QUESTÕES DE MÉRITO DECIDIDAS SOB O ENFOQUE INTEGRALMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AÇÃO COLETIVA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO ORDINÁRIA INDIVIDUAL.

1. O escopo do prazo decadencial da Lei 8.213/1991 é o ato de concessão do benefício previdenciário, que pode resultar em deferimento ou indeferimento da prestação previdenciária almejada, consoante se denota dos termos iniciais de contagem do prazo constantes no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991.

2. Por ato de concessão deve-se entender toda manifestação exarada pela autarquia previdenciária sobre o pedido administrativo de benefício previdenciário e as circunstâncias fático-jurídicas envolvidas no ato, como as relativas aos requisitos e aos critérios de cálculo do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. A pretensão veiculada na presente ação consiste na revisão das prestações mensais pagas após a concessão do benefício para fazer incidir os novos tetos dos salários de benefício, e não do ato administrativo que analisou o pedido da prestação previdenciária.

4. Por conseguinte, não incide a decadência prevista no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991 nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 a benefícios previdenciários concedidos antes dos citados marcos legais, pois consubstanciam mera revisão das prestações mensais supervenientes ao ato de concessão.

5. Quanto ao mérito, o entendimento da Corte regional está integralmente fundamentado em dispositivos constitucionais e interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à *quaestio iuris* - mormente à decisão proferida pelo STF no RE 564.354 -, razão pela qual descabe ao STJ se manifestar sobre a vexata *questio*, sob pena de invasão da competência do STF.

6. No que concerne à prescrição, a sua interrupção pelo ajuizamento da Ação Coletiva diz respeito à discussão do fundo de direito. Quanto ao prazo prescricional nas relações jurídicas de trato sucessivo, a interrupção da prescrição referente às prestações vencidas dependerá da opção do potencial beneficiário do litígio coletivo em aguardar o desfecho da Ação Coletiva para, oportunamente, executá-la.

7. Se a Ação Individual é anterior ao ajuizamento da Ação Coletiva, mister que a parte autora pleiteie a suspensão de seu processo no prazo legal, sob pena de não se beneficiar do resultado da Ação Coletiva. Da mesma forma, abdica dos efeitos da sentença coletiva a parte que resolve dar início e prosseguimento a uma Ação Ordinária Individual sem aguardar o desfecho da Ação Coletiva com identidade de objeto.

8. Na situação em que o potencial beneficiário da sentença coletiva opta por ajuizar e dar prosseguimento à Ação Ordinária Individual - em vez de aguardar o fim da Ação Coletiva para então executá-la -, o termo inicial prescricional de eventuais prestações vencidas é o momento em que se ajuíza Ação Ordinária Individual, sendo forçoso interpretar sistematicamente os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (art. 104) e do Código Civil (art. 203).

9. Na hipótese dos autos, a opção do potencial beneficiário da Ação Coletiva em não aguardar o desfecho do litígio em massa tornou a Ação Ordinária Individual autônoma e independente da demanda coletiva, razão pela qual, *in casu*, a prescrição quinquenal de eventuais parcelas vencidas tem como marco inicial o ajuizamento da Ação Ordinária Individual, e não o da Ação Coletiva.

10. O acórdão merece reforma quanto ao lustrro prescricional, devendo ser delimitado como termo inicial do prazo prescricional quinquenal (Súmula 85/STJ) a propositura da Ação Ordinária Individual, e não a da Ação Coletiva.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.”

(REsp 1751363/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 21/11/2018)

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. TETOS CONSTITUCIONAIS. EC 20/1998 E 41/2003. BENEFÍCIO ANTERIOR À CF/1988. ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária para a readequação da renda mensal do benefício previdenciário, considerando a superveniência da edição das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, que fixaram novos valores máximos (valor-teto) para os salários de benefício e salários de contribuição do Regime Geral de Previdência Social.

2. A sentença julgou a ação improcedente em razão de o benefício ter sido concedido em 1974, antes, portanto, da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu teto máximo de pagamento das prestações previdenciárias, decisão reformada pelo Tribunal de origem para reconhecer o direito subjetivo à revisão do benefício.

3. Constatado que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que 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. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.

4. No que tange à interposição do Recurso Especial com fundamento na divergência jurisprudencial, entendo que não merece prosperar a pretensão recursal. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

5. O STJ vem afastando o prazo decadencial em questões não abarcadas pelo Tema 544 do STJ, oriundo dos Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, quando o pedido é para que incidam normas supervenientes à data da aposentadoria do segurado, para adequá-la aos Tetos Constitucionais previstos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, a exemplo do REsp 1.420.036/RS. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.638.038/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/10/2017; AgInt no REsp 1.618.303/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/9/2017; REsp 1.420.036/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 14/5/2015.

6. No que se refere à interrupção da prescrição por força de Ação Civil Pública, o STJ tem entendido que “no julgamento do REsp 1.388.000/PR, sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, firmou orientação no sentido de que a propositura da referida ação coletiva tem o condão de interromper a prescrição para a ação individual. Contudo, a propositura de ação coletiva interrompe a prescrição apenas para a propositura da ação individual. Em relação ao pagamento de parcelas vencidas, a prescrição quinquenal tem como marco inicial o ajuizamento da ação individual”. A propósito: AgInt no AREsp 1.058.107/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 21/3/2018; AgInt no AREsp 1.175.602/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 20/3/2018; REsp 1.695.018/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 19/12/2017.

7. Quanto ao tema de fundo, o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia embasado em premissas eminentemente constitucionais, o que inviabiliza sua revisão pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial, tendo em vista a necessidade de interpretação de matéria de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da Constituição Federal. A propósito: REsp 1.696.571/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; REsp 1.664.638/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2017.

8. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido para acolher a tese da prescrição quinquenal, tendo como marco inicial o ajuizamento da presente ação individual.”

(REsp 1758192/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 17/12/2018)

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. READEQUAÇÃO DOS TETOS MÁXIMOS. EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 20/98 E 41/03/2003. “BURACO NEGRO”. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A remessa necessária não se aplica quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a mil salários-mínimos. Em que pese tratar-se de sentença ilíquida, o proveito econômico da condenação inegavelmente não atingirá o valor de mil salários. Precedentes desta Corte pelo não conhecimento da remessa - Apelação/

Reexame Necessário nº 0003371-69.2014.4.03.6140 - Relator Des. Fed. Paulo Domingues; Apelação/Remessa Necessária nº 0003377-59.2015.4.03.6102/SP – Relator Des. Fed. Luiz Stefanini; Apelação/Reexame Necessário nº 5882226-31.2019.4.03.9999 – Relator Des. Fed. Newton de Lucca.

2. Não há falar em decadência, uma vez que não se discute a revisão da renda mensal inicial (o ato concessório do benefício), mas o direito à readequação do teto máximo do benefício estabelecido pelas EC 20/98 e EC 41/2003, obrigação de trato sucessivo, que é imprescritível.

3. O termo inicial do prazo prescricional quinquenal recai na data do ajuizamento da ação individual proposta pelo beneficiário, no que tange ao pagamento de parcelas vencidas, inexistindo interrupção pela propositura de Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183. Precedentes do E. STJ e desta Décima Turma.

4. Embora as Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03 nada dispunham sobre o reajuste da renda mensal dos benefícios previdenciários em manutenção, disciplinados que são pela Lei nº 8.213/91 e alterações posteriores, verifica-se que a questão restou superada por decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação do art. 14 da EC nº 20/98, entendimento extensível ao art. 5º da EC nº 41/03, não ofende o ato jurídico perfeito, uma vez que não houve aumento ou reajuste, mas sim readequação dos valores ao novo teto.

5. O entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (julgamento do RE nº 564.354) não impôs qualquer limite temporal com base na data da concessão, de forma que se aplica também aos benefícios concedidos no referido período denominado “buraco negro” o disposto nos artigos 14 da EC nº 20/1998 e 5º da EC nº 41/2003.

6. No caso dos autos, verifica-se que a renda mensal da pensão por morte da parte autora (NB 0881292117), com início em 13/07/1990, derivada da aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/01462184-3), concedida em 28/08/1974, teve a renda mensal revisada para 11,40 salários mínimos, o que equivale a Cr\$ 55.914,26, superior ao teto vigente à época (Cr\$ 36.676,74), de modo que a parte autora faz jus às diferenças decorrentes da aplicação da readequação dos novos tetos previdenciários das Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03, a serem verificadas em fase de liquidação, aplicando-se os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário 564354 /SE, realizado na forma do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

7. A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente a Resolução nº 267/2013, observado o julgamento final do RE 870.947/SE em Repercussão Geral.

8. Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, §§ 3º e 11, do Novo Código de Processo Civil/2015, e da Súmula 111 do STJ, observando-se que o inciso II do § 4º, do artigo 85, estabelece que, em qualquer das hipóteses do §3º, não sendo líquida a sentença, a definição do percentual somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

9. Remessa necessária não conhecida. Apelação do INSS desprovida.”

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001972-26.2014.4.03.6133, Rel. Juiz Federal Convocado NILSON MARTINS LOPES JUNIOR, julgado em 01/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/04/2020)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. OPÇÃO PELA AÇÃO INDIVIDUAL PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. Inviável, estender, em ação individual, os efeitos da ACP nº 0004911-28.2011.4.03.6183, retroativamente à data da concessão do benefício.

2. Considerando que o presente feito não busca a execução daquele julgado, mas o reconhecimento de direito próprio independentes daquela ação (ACP), deve-se observar a prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio que antecede a propositura da presente ação, nos termos da Súmula 85 do STJ.

3. Impossibilidade de se utilizar um prazo prescricional diferenciado ao determinado naquela ação, sob pena de valer-se de um sistema híbrido para percepção de atrasados.

4. Apelação não provida.”

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0017022-42.2011.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 20/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/03/2020)

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ADEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO AOS TETOS FIXADOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. BENEFÍCIO PRETÉRITO. APLICABILIDADE DO PRECEDENTE DO STF (REPERCUSSÃO GERAL): RE 564.354/SE. BENEFÍCIO LIMITADO AO TETO. OBSERVÂNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDAS.

1 - A presente demanda versa sobre a readequação das rendas mensais aos novos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003.

2 - A questão de mérito restou pacificada pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 564.354/SE, sob o instituto da repercussão geral.

3 - As regras estabelecidas no artigo 14, da Emenda Constitucional nº 20/98, e no artigo 5º, da Emenda Constitucional nº 41/03, têm aplicação imediata sobre todos os benefícios previdenciários limitados ao teto na ocasião de sua concessão - mesmo aqueles pretéritos, como no caso dos autos.

4 - O benefício do autor (NB 46/085.039.388-4) teve termo inicial (DIB) em 03/05/1989. E, conforme informações constantes do Demonstrativo de Revisão de Benefício, o beneplácito em apreço, concedido no período conhecido como “buraco negro”, foi submetido à devida revisão (art. 144 da Lei nº 8.213/91), momento em que o novo salário de benefício apurado sofreu a limitação pelo teto aplicado à época.

5 - Assim, a parte autora faz jus à readequação das rendas mensais de seu benefício aos tetos fixados pelas EC's nº 20/98 e nº 41/2003, a partir de dezembro de 1998 e dezembro de 2003, respectivamente, observando-se, entretanto, para efeito de pagamento, o alcance da prescrição sobre as parcelas vencidas antes do quinquênio finalizado na data de aforamento da presente demanda, como bem asseverado na r. sentença recorrida.

6 - Não procede a tese de interrupção do prazo prescricional quinquenal. Fato é que, mesmo existindo compromisso de ajustamento firmado entre o Ministério Público Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social na ação civil pública autuada sob o nº 0004911-28.2011.4.03.6183, que beneficiaria, inclusive, a parte autora, preferiu esta trazer sua discussão a juízo de forma individualizada, razão pela qual não pode agora pretender se aproveitar de qualquer dos efeitos decorrentes dos fatos processuais ou materiais produzidos na ação coletiva.

7 - A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal até a promulgação da Lei nº 11.960/09, a partir de quando será apurada, conforme julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), pelos índices de variação do IPCA-E, tendo em vista os efeitos *ex tunc* do mencionado pronunciamento.

8 - Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

9 - Apelação da parte autora desprovida. Remessa necessária e apelação do INSS parcialmente providas.”

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 0002036-46.2015.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 29/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020)

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. HOMOLOGAÇÃO DA DESISTÊNCIA DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO A PARTIR DA PROPOSITURA DA ACP 0004911-28.2011.4.03.6183, OBJETO DO TEMA REPETITIVO N. 1005 STJ. POSSIBILIDADE. ARTIGO 998, § ÚNICO, DO CPC. ALTERAÇÃO DOS TETOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003 À LUZ DO RE N. 564.354 DO STF. BENEFÍCIO CONCEDIDO NO “BURACO NEGRO”. POSSIBILIDADE. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO LIMITADO AO TETO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONSECTÁRIOS. SUCUMBÊNCIA.

- Homologada a desistência do pedido de reconhecimento da interrupção da prescrição a partir da propositura da Ação Civil Pública (ACP) n. 0004911-28.2011.4.03.6183, independentemente do desfecho do Tema Repetitivo 1005 do STJ, fica vedada qualquer rediscussão deste tópico em sede de ulterior liquidação do julgado.

- A incidência dos novos limitadores máximos dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social fixados (artigos 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003) não comporta digressões, pois o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em sede de Repercussão Geral, com força vinculante para as instâncias inferiores, entendeu pela possibilidade de aplicação imediata dos artigos em comento aos benefícios limitados aos tetos anteriormente estipulados.

- O INFBEN carreado demonstra que o salário-de-benefício da aposentadoria objeto da ação (DIB 9/1/1991) ficou contido no teto previdenciário vigente à época.

- A Suprema Corte (RE n. 564.354) não impôs restrição temporal à readequação do valor dos benefícios aos novos tetos, de maneira que não há óbice à aplicação desse entendimento aos benefícios concedidos no período denominado “buraco negro”, conforme tese firmada no julgamento do RE n. 937.595, em sede de repercussão geral.

- Deve ser observada a prescrição das prestações vencidas antes do quinquênio que precede a propositura da ação (Súmula n. 85 do STJ).

- Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017).

- Afastada a incidência da Taxa Referência (TR) na condenação, pois a Suprema Corte, ao apreciar embargos de declaração apresentados nesse recurso extraordinário, decidiu pela não modulação dos efeitos.

- Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do CC/1916 e 240 do CPC/2015, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, ser utilizada a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança, consoante alterações introduzidas no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09 (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017, Rel. Min. Luiz Fux), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431, em 19/4/2017, Rel. Min. Marco Aurélio.

- Invertida a sucumbência, deve o INSS arcar com os honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre a condenação, computando-se o valor das parcelas vencidas até a data deste acórdão, já aplicada a majoração decorrente da fase recursal, consoante critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC e Súmula n. 111 do STJ.

- Esse percentual deverá ser reduzido se a condenação ou o proveito econômico ultrapassar 200 (duzentos) salários mínimos (art. 85, § 4º, II, do CPC).

- Com relação às custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais n. 6.032/1974, 8.620/1993 e 9.289/1996, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/1985 e 11.608/2003. Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

- Apelo provido.”

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0004514-19.2014.4.03.6003, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 20/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2019)

“AGRAVO. ART. 1.021 DO CPC/2015. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

- A controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão agravada.

- A decisão claramente explicitou que a não adesão aos termos da ACP impede a interrupção ou suspensão do prazo quinquenal parcelar.

- Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o descerto da decisão, limitando-se a reproduzir argumento visando rediscutir a matéria nele decidida.

- Agravo improvido.”

(AC 2015.61.02.009332-2, Rel. Des. Fed. MARISA SANTOS, Nona Turma, DE 29/06/2017)

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO DO TETO PELAS EC Nº 20/98 E 41/03. PRESCRIÇÃO. VERBA HONORÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

- A existência de ação civil pública não implica a suspensão da prescrição, uma vez que a autora não pretende aderir ao feito coletivo (ACP nº 0004911-28.2011.4.03.6183).

- O ajuizamento da presente ação individual e a ausência de interesse em aderir à ACP tiveram o condão de obstar o aproveitamento dos efeitos positivos de eventual coisa julgada erga omnes, haja vista a opção pelo prosseguimento de ação própria, afastando a tutela promovida na ação coletiva, *ex vi* do art. 21 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 104 da Lei nº 8.078/90.

- Em vista da necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a fim de orientar e simplificar a pesquisa dos procedimentos administrativos e processuais, que regulam o funcionamento da Justiça Federal na Terceira Região, foi editada a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região - Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, que impôs obediência aos critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

- A correção monetária e os juros de mora incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em obediência ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 e ao princípio do *tempus regit actum*.

- Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação até a sentença, conforme entendimento desta E. Turma nas ações de natureza previdenciária e considerando a Súmula nº 111, do STJ.

- Apelo do INSS parcialmente provido.”

(AC 2014.61.05.011731-2, Rel. Des. Fed. TANIA MARANGONI, Oitava Turma, DE 25/07/2017)

No entanto, à época da prolação do julgado rescindendo (23/05/2017), a questão referente ao termo inicial do prazo prescricional de que trata o parágrafo único do artigo 103 da Lei nº 8.213/91, considerando o ajuizamento de demanda individual sobre matéria tratada em antecedente ação coletiva, mostrava-se controvertida nos tribunais.

Nesse sentido, cito alguns julgados proferidos nesta E. Corte que entendiam ser possível a interrupção da prescrição por força da ação civil pública:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. LEGITIMIDADE. INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA.

1. A autora não possui legitimidade para reclamar o recebimento dos atrasados decorrentes da revisão da aposentadoria do segurado instituidor, por se tratar de direito personalíssimo, não requerido em vida pelo titular. Todavia, detém legitimidade para pleitear a aplicação dos efeitos financeiros da revisão benefício originário sobre o seu próprio benefício.

2. A preliminar de carência da ação, por ausência do interesse de agir, confunde-se com o mérito, âmbito em que deve ser analisada.

3. O entendimento firmado pelo e. STF no julgamento do RE 564354-9/SE é no sentido de que o teto do salário-de-contribuição é elemento externo à estrutura jurídica dos benefícios previdenciários, de modo que a adequação aos novos limites das EC 20/1998 e EC 41 /2003 importa em alteração da renda mensal do benefício, e não modificação do ato de concessão, não havendo que se falar em decadência.

4. O ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal acarreta a interrupção da prescrição, restando prescritas as diferenças anteriores a 05.05.2006 (STJ, REsp Nº 1.604.455/RN).

5. O e. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a aplicação do novo valor teto com base nas emendas constitucionais 20/1998 e 41/2003 aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito, desde que o salário de benefício ou a renda mensal inicial tenha sido limitado ao teto (STF, RE 564354, Relatora: Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011).

6. Para efeito de adequação do benefício aos novos tetos constitucionais, é irrelevante a data de sua concessão, bastando que, à época, tenha sofrido limitação ao teto então vigente.

7. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

9. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

10. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

11. Apelação da autora provida e apelação do réu provida em parte.”

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2267267 - 0006496-76.2015.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 05/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017)

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. TETO DA RENDA MENSAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/98 E 41/2003. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ACP 0004911-28.2011.4.03.6183. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE E NÃO DO BENEFÍCIO ORIGINÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDA E DA PARTE AUTORA PROVIDA.

1 - Afastada a alegação de ilegitimidade arguida pelo INSS, uma vez que a sentença não acolheu o pedido de revisão do benefício originário, concedendo, tão somente, a revisão de seu benefício

de pensão por morte, não tendo havido insurgência da parte autora quanto a esse ponto. Tendo em vista que o objeto da revisão é o benefício em manutenção e não o ato de seu deferimento, incabível falar-se no instituto da decadência previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

2 - O excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564354/SE, entendeu que não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003, aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional.

3 - Para a aplicação do direito invocado, é de rigor que o benefício do segurado tenha sido limitado ao teto máximo de pagamento previsto na legislação previdenciária à época da publicação das Emendas citadas. No presente caso, o benefício sofreu a referida limitação.

4 - A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

5 - Com relação à prescrição quinquenal, revendo entendimento anteriormente adotado, reconheço a interrupção da prescrição pelo ajuizamento da Ação Civil Pública nº 004911-28.2011.4.03.6183, pelo Ministério Público Federal, em defesa dos segurados da Previdência Social, tendo em vista o entendimento consolidado nesta Colenda Turma.

6 - Os honorários advocatícios devem ser mantidos como fixados na sentença, conforme as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do art. 85, do CPC/2015.

7 - Rejeitada a matéria preliminar. Apelação do INSS desprovida. Apelação da parte autora provida. Consectários legais fixados de ofício.”

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2272705 - 0001490-54.2016.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFIRIO, julgado em 05/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/12/2017)

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO.

I - O objetivo dos embargos de declaração, de acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, é sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão e, ainda, conforme o entendimento jurisprudencial, a ocorrência de erro material no julgado.

II - O prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 aplica-se nas situações em que o segurado visa à revisão do ato de concessão do benefício, e não o reajustamento do valor da renda mensal, consoante determina, inclusive, o artigo 436 da Instrução Normativa INSS/Pres nº 45/2010. Dessa forma, a extensão do disposto no art. 103 da LBPS aos casos de reajustamento de proventos é indevida, uma vez que a parte autora pretende aplicação de normas supervenientes à data da concessão da benesse.

III - No que tange ao termo inicial da prescrição quinquenal, o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal em defesa dos segurados da Previdência Social implica interrupção da prescrição, porquanto efetivada a citação válida do réu naqueles autos, retroagindo a contagem à data da propositura da ação (art. 219, *caput* e § 1º do CPC de 1973 / art. 240, *caput* e § 1º, do CPC de 2015). Registre-se, ainda, que o novo Código Civil estabelece que a prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado, a teor do disposto em seu artigo 230.

IV - Assim, visto que a Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183 foi proposta em 05.05.2011, restam prescritas as diferenças vencidas anteriormente a 05.05.2006.

V - O E. STF, no julgamento do RE 564354/SE, entendeu ser possível a readequação dos benefícios aos novos tetos constitucionais previstos nas Emendas 20/98 e 41/03, considerando o salário de benefício apurado à época da concessão administrativa.

VI - Considerando que o benefício da parte autora, concedido no período denominado “buraco negro”, foi limitado ao teto máximo do salário-de-contribuição, o demandante faz jus às diferenças decorrentes da aplicação dos tetos das Emendas 20 e 41, por meio da evolução de seus salários de benefícios pelos índices oficiais de reajuste dos benefícios previdenciários.

VII - O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do no Recurso Extraordinário (RE) 937595, com repercussão geral reconhecida, reafirmou jurisprudência no sentido de que os benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) concedidos entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, o chamado “buraco negro”, não estão, em tese, excluídos da possibilidade de reajuste segundo os tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais (ECs) 20/1998 e 41/2003, devendo a readequação aos novos limites ser verificada caso a caso, de acordo com os parâmetros definidos anteriormente pelo Tribunal no RE 564354, no qual foi julgada constitucional a aplicação do teto fixado pela ECs 20/1998 e 41/2003 a benefícios concedidos antes de sua vigência.

VIII - Ainda que os embargos de declaração tenham a finalidade de prequestionamento, devem observar os limites traçados no art. 1.022 do CPC de 2015.

IX - Embargos de declaração do INSS rejeitados.”

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2240638 - 0006126-97.2015.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 28/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2017)

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003.

1. O ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal acarreta a interrupção da prescrição, restando prescritas as diferenças anteriores a 05.05.2006 (STJ, REsp Nº 1.604.455/RN).

2. O e. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a aplicação do novo valor teto com base nas emendas constitucionais 20/1998 e 41/2003 aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito, desde que o salário de benefício ou a renda mensal inicial tenha sido limitado ao teto (STF, RE 564354, Relatora: Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011).

3. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

4. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

5. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

6. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

7. Apelação da autora provida em parte e apelação do réu prejudicada.”

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2263283 - 0000653-96.2016.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 28/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2017)

Portanto, o r. julgado rescindendo apenas adotou uma das soluções possíveis para o caso, razão pela qual resta afastada a hipótese de rescisão prevista no artigo 966, V, do CPC de 2015.

No mais, a possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita ou ao afastamento de sua incidência no caso, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula n. 343 do STF, que assim dispõe:

“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Vale dizer ainda que, em Sessão realizada em 07/02/2019, o C. STJ afetou os Recursos Especiais nºs 1761874/SC, 1766553/SC e 1751667/RS, em que se debate a questão relativa à fixação do termo inicial da prescrição quinquenal para recebimento de parcelas de benefício previdenciário reconhecidas judicialmente, em ação individual ajuizada para adequação da renda mensal aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003, cujo pedido coincide com aquele anteriormente formulado em ação civil pública (Tema 1005).

Segue a ementa do referido julgado:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PROPOSTA DE AFETAÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ARTS. 1.036, *CAPUT* E § 1º, 1.037 E 1.038 DO CPC/2015 C/C ART. 256-I DO RISTJ, NA REDAÇÃO DA EMENDA REGIMENTAL 24, DE 28/09/2016. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ADEQUAÇÃO DA RENDA MENSAL AOS TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003. VALORES RECONHECIDOS JUDICIALMENTE, EM AÇÃO INDIVIDUAL, CUJO PEDIDO COINCIDE COM AQUELE ANTERIORMENTE FORMULADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DE PARCELAS. TERMO INICIAL.

I. Delimitação da controvérsia, para fins de afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036, *caput* e § 1º, do CPC/2015: “Fixação do termo inicial da prescrição quinquenal, para recebimento de parcelas de benefício previdenciário reconhecidas judicialmente, em ação individual ajuizada para adequação da renda mensal aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003, cujo pedido coincide com aquele anteriormente formulado em ação civil pública”.

II. Recurso Especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, na redação da Ementa Regimental 24, de 28/09/2016”).

(ProAfr no REsp 1761874/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/12/2018, DJe 07/02/2019)

Tal circunstância apenas corrobora que a questão objeto da presente ação rescisória permanece controvertida até os dias atuais.

Logo, o entendimento esposado pelo v. acórdão rescindendo não implicou violação aos artigos mencionados pelo INSS, mostrando-se, igualmente, descabida a utilização da ação rescisória com fulcro no inciso V, do artigo 966, do CPC.

Nesse sentido já decidiu esta E. Corte em casos análogos a este:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSITIVO DE LEI. DISSENSO JURISPRUDENCIAL. REVISÃO. ADEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO AOS TETOS FIXADOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. AÇÃO INDIVIDUAL. ANTECEDENTE AÇÃO CO-

LETIVA. IUDICIUM RESCINDENS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. VERBA HONORÁRIA. CONDENAÇÃO.

1. A viabilidade da ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta da literalidade da norma jurídica, não se admitindo a mera ofensa reflexa ou indireta.

2. Ressalte-se, ainda, que, em 13.12.1963, o e. Supremo Tribunal Federal fixou entendimento, objeto do enunciado de Súmula n.º 343, no sentido de que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

3. A questão controversa se cinge ao termo inicial do prazo prescricional de que trata o parágrafo único, do artigo 103, da Lei n.º 8.213/91, considerando o ajuizamento de demanda individual sobre questão tratada em antecedente ação coletiva (Ação Civil Pública n.º 0004911-28.2011.4.03.6183), concernente à revisão da renda mensal de benefício previdenciário, observando-se os tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais n.ºs 20/98 e 41/03.

4. Tem-se, por disposição dos artigos 21 da Lei n.º 7.347/85 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, que os efeitos da coisa julgada na ação coletiva somente aproveitam os autores de ações individuais que requererem a suspensão de seus respectivos processos. Esta não foi a situação da demanda subjacente, em que o autor apenas requereu a aplicação do prazo prescricional contado do ajuizamento da ação coletiva.

5. O c. Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que a propositura de ação coletiva interrompe a prescrição apenas para a propositura da ação individual, contudo, em relação ao pagamento de parcelas vencidas, a prescrição quinquenal tem como marco inicial o ajuizamento da ação individual. Precedentes. Outro não é o entendimento dominante deste e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Precedentes. Contudo, reconhece-se que à época do julgado rescindendo (em 09.08.2016), a questão ainda se mostrava controvertida. Precedentes. A questão foi objeto de afetação ao rito dos recursos repetitivos representativos de controvérsia pela 1ª Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, em 07.02.2019, com delimitação do tema 1005 (REsp n.ºs 1.761.874, 1.766.553 e 1.751.667).

6. Verificado dissenso jurisprudencial sobre a questão à época do julgado rescindendo, incabível sua desconstituição por suposta violação à lei, atraindo, assim, a aplicação do enunciado de Súmula n.º 343 do e. Supremo Tribunal Federal, conforme já assentou esta 3ª Seção. Precedente.

7. Verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido do Manual de Cálculos e Procedimentos para as dívidas civis, até sua efetiva requisição (juros) e pagamento (correção), conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC.

8. Em juízo rescindendo, julgada improcedente a ação rescisória, nos termos do artigo 487, I, do CPC/2015.”

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5024055-75.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 10/07/2019, Intimação via sistema DATA: 12/07/2019)

“AÇÃO RESCISÓRIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO TETO DAS EC 20/98 E 41/03. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VIOLAÇÃO MANIFESTA DA NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no art. 966, incisos V e VIII, do CPC/2015, m face de Madalena Toledo Miranda, pensionista de Dirceu Miranda, José Ambrosio da Silva, Maria de Lourdes Batista de Lima e Jonadabís Vieira do Nascimento, visando desconstituir decisão que deferiu o pedido de revisão dos benefícios dos réus pelos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n.ºs 20/98 e 41/2003.

- Não se conhece do pedido de desconstituição do julgado rescindendo com base no erro de fato (inciso VIII, do art. 966, do CPC/2015), diante da ausência de fundamentação legal para a rescisão.
 - Quanto ao deferimento da revisão à ré Maria de Lourdes Batista, constou do julgado rescindendo que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564/354/SE, realizado em 08.09.2010, na forma do art. 543-B, do CPC, assentou entendimento no sentido da possibilidade de aplicação dos tetos previstos nas referidas Emendas Constitucionais aos benefícios previdenciários concedidos anteriormente a tais normas, reduzidos ao teto legal, por meio da readequação dos valores percebidos aos novos tetos. E o STF não colocou limites temporais relacionados à data de início do benefício.
 - Consta dos documentos juntados na ação originária, que a pensão por morte percebida pela ré Maria de Lourdes Batista (BN 0880261544), com DIB em 12/04/1990, trata-se de “benefício revisto no período do Buraco Negro”, com “salário base acima do teto”.
 - Como o referido benefício foi limitado ao teto, faz jus à revisão através da readequação dos tetos constitucionais previstos nas Emendas nºs 20/98 e 41/03.
 - Ao deferir a revisão à ré Maria de Lourdes Batista, o julgado rescindendo não incorreu na alegada violação manifesta da norma jurídica, nos termos do inciso V, do artigo 966, do Código de Processo Civil/2015.
 - A questão da incidência da prescrição quinquenal, por ocasião do julgamento do feito originário, envolvia interpretação controvertida, incidindo ao caso a Súmula 343 do E. Supremo Tribunal Federal.
 - É inadmissível ação rescisória por violação à jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como pleiteia o INSS.
 - O julgado não incorreu na alegada violação manifesta da norma jurídica, nos termos do inciso V, do artigo 966, do Código de Processo Civil/2015.
 - O que pretende o requerente é o reexame da causa, o que mesmo que para correção de eventuais injustiças, é incabível em sede de ação rescisória.
 - Pedido de rescisão com base no erro de fato (inciso VIII, do art. 966, do CPC/2015) não conhecido. Improcedente o pedido de desconstituição do julgado, com fundamento no artigo 966, inciso V, do CPC/2015. Prejudicado o agravo interno. Sem condenação em honorários advocatícios, diante do não recebimento da contestação.”
- (TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 5020297-25.2017.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal TANIA MARANGONI, julgado em 17/08/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/08/2018)

Impõe-se, por isso, a improcedência da presente ação rescisória. Por consequência revogo a decisão que deferiu a tutela provisória de urgência.

Condeno o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ao pagamento de verba honorária, fixada nestes autos em R\$ 1.000,00 (mil reais), conforme entendimento adotado pela Terceira Seção desta E. Corte Regional.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação rescisória.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA

5008241-52.2020.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDECON

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Requerente: CLARO S/A

Requerida: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 12ª VARA FEDERAL CÍVEL

Interessados: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP, AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDECON, ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - PRESIDENTE

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/09/2020

DECISÃO

Cuida-se de agravo interno interposto por IDECON – Instituto de Defesa do Consumidor, com fundamento nos artigos 12, §1º, da Lei nº 7.347/85 e 1.021 do Código de Processo Civil, em face da decisão ID nº 129770573, que deferiu o pedido de suspensão de liminar realizado por Claro S.A.

Requer a reforma da decisão por entender não ser a suspensão de segurança a via adequada à discussão do mérito da questão.

Sustenta não existir desequilíbrio econômico-financeiro apto a afastar a tutela concedida em primeira instância, bem como não haver possibilidade de colapso do sistema em virtude da liminar deferida.

Defende haver grave risco à população e à saúde pública na hipótese de manutenção da decisão proferida neste incidente, requerendo, assim, liminarmente, a sua suspensão e, no mérito, a sua reforma.

A agravada, Claro S.A., apresentou pedido de extensão dos efeitos da liminar, o qual foi negado por meio da decisão ID nº 134626592.

Devidamente intimado, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo interno (ID 134620890).

Contraminuta apresentada conforme ID 134799965.

Em razão do trânsito em julgado da decisão proferida na Suspensão de Segurança nº 5008552-43.2020.4.03.0000, ajuizada pela ANATEL, a agravante foi intimada a informar se remanesceria o seu interesse na apreciação do recurso, tendo ficado silente.

Novamente intimado, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso por carência de interesse recursal da agravante (ID nº 141398584).

É o relatório.

DECIDO.

Do exame dos autos, constata-se que o recurso não deve ser conhecido.

Com efeito, foi proferida decisão nos autos da Suspensão de Liminar nº 5008552-43.2020.4.03.0000, em favor da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL,

suspensando os efeitos da liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 5004662-32.2020.4.03.6100, em trâmite perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, a qual determinara, em relação às rés ANATEL, ARSESP e ANP, que se abstivessem de suspender ou interromper o fornecimento de serviços essenciais de telefonia, água e gás, respectivamente, aos consumidores residenciais ao longo do período de emergência de saúde relativa ao COVID-19.

Posteriormente, ainda naqueles autos, foi deferido pedido da ANATEL para estender os efeitos da decisão, para alcançar, além dos serviços de telefonia móvel e fixa, os serviços de internet.

Nenhuma das decisões proferidas por esta Presidência foi objeto de recurso por parte da agravante, tendo sido o trânsito em julgado certificado, conforme ID 138617492.

Assim, ainda que o recurso aqui interposto fosse provido, em nada alteraria a situação fática subjacente, uma vez que a decisão proferida nos autos nº 5008552-43.2020.4.03.0000 permaneceria válida e eficaz para todo o setor de telecomunicações, o que inclui a Claro S.A., ora agravada.

Nesse sentido, “a questão precisa ser analisada sob a perspectiva da sucumbência e da possibilidade de melhora da situação jurídica do recorrente, critérios de identificação do interesse recursal. Não se trata de temática afeta a esta ou aquela legislação processual (CPC/73 ou CPC/15), mas de questão antecedente, verdadeiro fundamento teórico da disciplina recursal. Só quem perde, algo ou tudo, tem interesse em impugnar a decisão, *desde que possa obter, pelo recurso, melhora na sua situação jurídica*. Precedente: AgInt no REsp n. 1.478.792/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 2/2/2018. Doutrina: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 516; MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1276” (EAREsp 227.767/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2020, DJe 29/06/2020) - grifei.

Portanto, de rigor reconhecer a carência superveniente de interesse recursal da agravante.

Ante o exposto, não conheço do agravo interno, com fundamento no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, archive-se.

São Paulo, 22 de setembro de 2020.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Presidente

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5010461-23.2020.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: ADRIANA ROSENDO DA SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/10/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS A FAVOR DA DPU. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. DESCONTO DE PERÍODO EM QUE HOUVE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS OU VÍNCULO EMPREGATÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 1013. AFETAÇÃO. SUSPENSÃO DO FEITO. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

- Não se conhece do recurso no que se refere ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais à DPU, tendo em vista que referida matéria sequer chegou a ser suscitada na impugnação ofertada no cumprimento de sentença, sendo defeso inovar em sede recursal.

- A afetação no âmbito da Controvérsia 63/STJ (Tema 1.013), não se aplica na fase de cumprimento de sentença, conforme se extrai do voto do relator MINISTRO HERMAN BENJAMIN, emanado no Recurso Especial n.º 1.786.590-SP e n.º 1788700.

- A alegada atividade profissional incompatível é contemporânea ao curso da ação de conhecimento, razão por que vislumbro a preclusão de sua abordagem apenas em sede de liquidação de sentença, pelo que competia à Autarquia ventilar esta tese defensiva naquele âmbito.

- Desta forma, inadequada a via eleita para fins de questionar a supressão dos valores do benefício no período, eis que não autorizada no título executivo.

- A permanência do exequente no exercício das atividades laborativas para o provimento das suas necessidades básicas por si só não impede a concessão do benefício vindicado, notadamente porque a perícia médica confirmou a sua incapacidade e não autoriza o desconto do benefício nestes períodos.

- Agravo de instrumento conhecido em parte e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer de parte do recurso de agravo de instrumento e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL –INSS, em face de decisão proferida em execução de sentença, que determinou o prosseguimento da execução pelos cálculos elaborados pela contadoria judicial, no valor de R\$6.195,72 para 03/2016.

Em razões recursais, requer o recorrente, primeiramente, o sobrestamento do feito tendo em vista a determinação de suspensão dos processos pendentes que versem acerca da matéria pelo STJ, ao analisar o Tema 1013 (RESP nº 1786590 e nº 1788700). No mérito, aduz a impossibilidade de pagamento do benefício por incapacidade nas competências em que houve retorno ao trabalho ou recolhimento de contribuições previdenciárias pela parte exequente, bem como alega ser indevido o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais à Defensoria Pública da União.

Pugna pela reforma da decisão agravada.

Foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso.

Com apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Inicialmente, deixo de conhecer do recurso no que se refere ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais à DPU, tendo em vista que referida matéria sequer chegou a ser suscitada na impugnação ofertada no cumprimento de sentença, sendo defeso inovar em sede recursal.

No mais, com efeito, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu afetar os Recursos Especiais 1.786.590 e 1.788.700 (TEMA 1.013), de relatoria do ministro Herman Benjamin, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, sendo que a questão submetida a julgamento está assim resumida: “Possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício”.

Até o julgamento dos recursos e a definição da tese pela Primeira Seção, foi determinada a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes em todo o território nacional, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão controvertida, todavia, tal determinação não se aplica aos processos em fase de cumprimento de sentença, conforme se extrai do voto do relator MINISTRO HERMAN BENJAMIN, cujo trecho transcrevo *in verbis*:

“(…)

A matéria em debate vem se apresentando de forma reiterada no STJ, materializa controvérsia de grande impacto para o Regime Geral de Previdência Social e merece, assim, ser resolvida sob o rito dos recursos repetitivos.

Acho importante, todavia, destacar que a presente afetação não abrange as seguintes hipóteses: a) o segurado está recebendo benefício por incapacidade regularmente e passa a exercer atividade remunerada incompatível; e

b) o INSS somente alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) na fase de Cumprimento da Sentença.

Na hipótese “a”, há a distinção de que não há o caráter da necessidade de sobrevivência como elemento de justificação da cumulação, pois o segurado recebe regularmente o benefício e passa a trabalhar, o que difere dos casos que ora se pretende submeter ao rito dos recursos repetitivos.

Já na situação “b” acima, há elementos de natureza processual a serem considerados, que merecem análise específica e que também não são tratados nos casos ora afetados.” (grifo nosso)

Sendo assim, inaplicável o pretendido sobrestamento do feito na fase executória.

No caso, a alegada atividade profissional incompatível é contemporânea ao curso da ação de conhecimento, razão por que vislumbro a preclusão de sua abordagem apenas em sede de liquidação de sentença, pelo que competia à Autarquia ventilar esta tese defensiva naquele âmbito.

Comunga deste entendimento o professor Antônio Costa Machado que, ao dissertar sobre a interpretação adequada da norma em questão, proferiu o seguinte ensinamento:

“(...) Para que possa ser reconhecida qualquer dessas defesas, deixa claro o texto que o fato tem de ter ocorrido após o proferimento da sentença exequiênda, o que se explica em função da garantia da coisa julgada (...)” (*In* Código de Processo Civil Interpretado, 6ª Ed., Manole, 2007: p. 1076).

Efetivamente, a execução deve limitar-se aos exatos termos do título que a suporta, não se admitindo modificá-los ou mesmo neles inovar, em respeito à coisa julgada. Precedentes TRF3: 9ª Turma, AC nº 94.03.010951-3, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 03/11/2008, DJF3 10/12/2008; 8ª Turma, AG nº 2007.03.00.081341-6, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 23/06/2008, DJF3 12/08/2008.

Desta forma, inadequada a via eleita para fins de questionar a supressão dos valores do benefício no período, eis que não autorizada no título executivo.

Ademais, a permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, portanto, não obsta a concessão do benefício vindicado e não autoriza o desconto do benefício nestes períodos.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO. DE SENTENÇA. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. AGRAVO DO INSS IMPROVIDO.

1. Diante do indeferimento do pedido de benefício por incapacidade, o exercício de atividade laborativa pelo segurado não configura, por si só, a recuperação da capacidade laborativa, mas sim uma necessidade para garantir a própria sobrevivência.

2. Não dispondo o segurado de outros recursos para assegurar a sua subsistência, não lhe resta alternativa senão continuar seu labor até que sobrevenha pronunciamento judicial.

(...)

4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

(TRF3º Região, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP 5013315-24.2019.4.03.0000, Relator(a) Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, Órgão Julgador 7ª Turma, Data do Julgamento 23/09/2019, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/09/2019).

Sendo assim, inadequada a via eleita para fins de questionar a supressão dos valores do benefício no período, eis que não autorizada no título executivo.

Ante o exposto, *não conheço de parte do recurso de agravo de instrumento* no que se refere aos honorários advocatícios sucumbenciais a favor da DPU, ante a inovação em sede recursal e, *na parte conhecida, nego-lhe provimento*, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5013819-93.2020.4.03.0000

Agravante: JOSÉ CARLOS DA SILVA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. ARTIGO 99, § 3º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE ILIDIDA POR PROVA EM CONTRÁRIO. HIPOSSUFICIÊNCIA AFASTADA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. Recurso conhecido, nos termos dos artigos 101 c.c. 1.015, V, ambos do Novo Código de Processo Civil, independentemente de preparo porquanto a questão controvertida é a própria hipossuficiência.
2. Gratuidade de justiça é um instrumento processual que pode ser solicitado ao Juiz da causa tanto no momento inaugural da ação quanto no curso da mesma. A dispensa das despesas processuais é provisória e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo ser revogada a qualquer tempo.
3. A concessão da gratuidade da justiça, em princípio, depende de simples afirmação da parte, a qual, no entanto, por gozar de presunção *juris tantum* de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.
4. Pelos extratos CNIS e Plenus, o agravante auferia aposentadoria por tempo de contribuição, DIB 16/03/2017, no valor de R\$ 2.305,67 (05/2020), bem como mantém vínculo empregatício com “Mahle Metal Leve S/A”, desde 18/05/1998, com remuneração de R\$ 3.971,34 (04/2020), totalizando renda mensal de R\$ 6.277,01, valor superior ao teto do benefício previdenciário pago pelo INSS (R\$ 6.101,06).
5. A presunção de que goza a declaração de hipossuficiência apresentada pelo agravante foi ilidida por prova em contrário.
6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de r. decisão que, nos autos

da ação de natureza previdenciária, objetivando a revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em especial, indeferiu o pedido de justiça gratuita, concedendo o prazo de 15 dias, para recolhimento das custas, sob pena de cancelamento da distribuição, nos termos do artigo 290 do CPC.

Sustenta o agravante, em síntese, que a declaração a que alude o art. 4º da Lei nº 1.060/50, dispensa qualquer outra prova, pois, modificada a condição financeira anunciada, ao Estado também é permitida a cobrança das eventuais custas devidas. Aduz que o indeferimento do benefício da justiça gratuita é um óbice ao acesso à justiça. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, provimento do recurso com a reforma da decisão agravada.

Efeito suspensivo indeferido.

Intimado, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC, o INSS/agravado não apresentou resposta ao recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Recurso conhecido, nos termos dos artigos 101 c.c. 1.015, V, ambos do Novo Código de Processo Civil, independentemente de preparo porquanto a questão controvertida é a própria hipossuficiência.

O R. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de justiça gratuita, determinando o recolhimento das custas, no prazo de 15 dias, sob pena de cancelamento da distribuição.

É contra esta decisão que o agravante se insurge.

O NCPC vigente desde 18/03/2016, diferentemente do CPC/73, disciplina acerca da gratuidade da justiça, revogando alguns dispositivos da Lei n. 1.060/50.

Gratuidade de justiça é um instrumento processual que pode ser solicitado ao Juiz da causa tanto no momento inaugural da ação quanto no curso da mesma. A dispensa das despesas processuais é provisória e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo ser revogada a qualquer tempo.

Com efeito, dispõe o artigo 99, § 3º, do NCPC:

“O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

(...)

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”

Depreende-se, em princípio, que a concessão da gratuidade da justiça depende de simples afirmação da parte, a qual, no entanto, por gozar de presunção *juris tantum* de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

Outrossim, o artigo 99, § 2º, do NCPC, determina que o Juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade.

Na hipótese dos autos, em consulta aos extratos CNIS e Plenus, o agravante auferiu aposentadoria por tempo de contribuição, DIB 16/03/2017, no valor de R\$ 2.305,67 (05/2020), bem como mantém vínculo empregatício com “Mahle Metal Leve S/A”, desde 18/05/1998, com remuneração de R\$ 3.971,34 (04/2020), totalizando renda mensal de R\$ 6.277,01, valor superior ao teto do benefício previdenciário pago pelo INSS (R\$ 6.101,06).

Assim considerando, a presunção de que goza a declaração de hipossuficiência apresentada pelo agravante foi ilidida por prova em contrário, motivo pelo qual, agiu com acerto o R. Juízo *a quo*.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5015587-54.2020.4.03.0000

Agravante: MAURO MARTOS

Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/10/2020

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – NÃO OCORRÊNCIA – ART. 40, LEF – AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

2. Importante ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.

3. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto. Nesse sentido a Súmula 393/STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”.

4. Compulsando os autos, verifica-se, em suma, que: a execução fiscal foi proposta em 13/12/2002 em face de Prudenfrigo Prudente Frigoríficos Ltda; o despacho citatório ocorreu em 14/1/2003; a executada nomeou bens à penhora em 8/5/2003; após ser intimada em 29/9/2003, a exequente requereu a suspensão do feito por um ano, em 8/1/2004, para aguardar o julgamento da apelação proposta pela parte na Ação nº 1200530-20.1996.4.03.6112, na qual se pugnava pela declaração de nulidade de alteração contratual e da transferência de imóvel (para que integrasse novamente ao patrimônio da executada); sem decisão sobre a suspensão do feito, a exequente recusou a nomeação de bens e pediu a inclusão dos sócios no polo passivo em 20/7/2005; a executada, em 9/12/2005, insistiu na nomeação, juntando laudo técnico; em 1/3/2006, o Juízo indeferiu a nomeação de bens e deferiu o redirecionamento do feito aos sócios, entre eles o recorrente; MAURO MARTOS peticionou, em 14/7/2006, nos termos do art. 526, CPC/76, informando a interposição de agravo de instrumento; em 3/10/2006, a exequente requereu diligências; houve penhora de vários bens e designação de leilões, com arrematação de bens em 2009; em 21/10/2011, a União Federal pediu a reunião da execução fiscal subjacente com a EF 2005.61.12.002844-9, o que foi indeferido; em 3/1/2012, a exequente requereu a intimação do coexecutado sobre a penhora realizada, o que foi indeferido por inexistir constrições nos autos; em 8/2/2013, a União Federal requereu a exclusão do espólio Alberto Capuci, porquanto comprovado a inexistên-

cia de bens a serem inventariados; em 7/8/2013, a exequente requereu a inclusão de Frigomar Frigoríficos Ltda no polo passivo da execução fiscal; em 20/02/2014, foi deferido o pedido; em 7/7/2014, houve a penhora de bem de propriedade da Frigomar Frigoríficos Ltda; em 6/10/2014, o Juízo de origem decidiu: *“Tendo em vista que há inúmeras execuções fiscais em trâmite nesta Vara em face dos executados e que a questão relativa à sucessão da PRUDENFRIGO pela FRIGOMAR está para ser apreciada não só em Embargos à Execução Fiscal (em especial no de n. 0006371-06.2010.403.6112, em que houve produção de prova oral) como em outros processos em que se formulou recentemente o pedido de inclusão da empresa tida como sucessora, aguarde-se decisão a esse respeito antes de se dar seguimento aos atos executórios nesta ação, em que o bem penhorado é da empresa FRIGOMAR. Essa medida objetiva uma melhor otimização dos trabalhos da Secretaria e também da própria exequente, evitando-se que o processo seja movimentado, sem que, contudo, se tenha qualquer resultado prático e efetivo para o seu deslinde. Após a intimação da exequente, remetam-se os autos ao arquivo com baixa-sobrestado, podendo haver desarquivamento a qualquer momento, quando pendente pedido apto a dar efetivo andamento ao processo.”*; em 8/8/2017, após pedido de penhora eletrônica, o Juízo de origem deu andamento ao feito; em 5/10/2017, houve penhora de bem imóvel; em 30/7/2018, determinou-se a suspensão do feito, para aguardar eventual arrematação do bem nos autos da Ação 1200530-20.1998.4.03.6112. Em 27/6/2019, o ora agravante apresentou exceção de pré-executividade, alegando a prescrição intercorrente.

5. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, através da Súmula 314, no que, *“em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”*.

6. A prescrição intercorrente, conforme disposta no art. 40, LEF, foi objeto de apreciação, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.340.553, restando consolidadas as seguintes teses: (i) *“O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução”* (Tema 566); (ii) *“Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável”* (Temas 567 e 569); (iii) *“A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens”* (Tema 568); (iv) *“A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição”* (Temas 570 e 571).

7. Não ocorreu o decurso de prazo previsto no art. 40, LEF, posto que, em nenhum momento não foram encontrados bens, sendo que, ao contrário, oportunas paralisações do feito ocorreram em virtude dos trâmites das expropriações dos bens constritos,

com arrematações em hastas públicas. Outrossim, sequer permaneceram os autos em arquivo entre 2014 (quando o Juízo determinou a suspensão da execução fiscal) e o 2017 (quando a execução fiscal retomou seu curso).

8. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade.

Nas razões recursais, alegou o agravante MAURO MARTOS a ocorrência da prescrição intercorrente do processo (art. 40, LEF), na medida em que a execução fiscal ficou paralisada, suspensa, sem a ocorrência de penhora ou ato de constrição por cerca de uma década e o que cerne da questão é saber se o ajuizamento de ação revogatória/anulatória pela Fazenda Nacional (ação pauliana nº 1200530-20.1996.4.03.6112), processada sem efeito suspensivo, tem o condão de suspender/interromper o prazo prescricional da execução fiscal que está em andamento.

Ressaltou o entendimento consolidado no REsp.1340553/RS julgado pelo sistema repetitivo.

Argumentou que ação anulatória não é causa de suspensão da exigibilidade do crédito, conforme disposto no art. 151, CTN.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, para suspender a execução fiscal e, ao final, o provimento do recurso, para determinar a extinção do feito, com fundamento nos artigos 156, V, e 174, ambos do Código Tributário Nacional.

Indeferiu-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

Em contraminuta, a União Federal pela manutenção da decisão agravada e pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

Importante ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.

A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto.

Nesse sentido a Súmula 393/STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”

No caso, alega o agravante a ocorrência da prescrição intercorrente, porquanto não teria a exequente logrado êxito em diligências para satisfação do crédito.

Compulsando os autos, verifica-se, em suma, que: a execução fiscal foi proposta em 13/12/2002 em face de Prudenfrigo Prudente Frigoríficos Ltda; o despacho citatório ocorreu em 14/1/2003; a executada nomeou bens à penhora em 8/5/2003; após ser intimada em 29/9/2003, a exequente requereu a suspensão do feito por um ano, em 8/1/2004, para aguardar o julgamento da apelação proposta pela parte na Ação nº 1200530-20.1996.4.03.6112, na qual se pugnava pela declaração de nulidade de alteração contratual e da transferência de imóvel (para que integrasse novamente ao patrimônio da executada); sem decisão sobre a suspensão do feito, a exequente recusou a nomeação de bens e pediu a inclusão dos sócios no polo passivo em 20/7/2005; a executada, em 9/12/2005, insistiu na nomeação, juntando laudo técnico; em 1/3/2006, o Juízo indeferiu a nomeação de bens e deferiu o redirecionamento do feito aos sócios, entre eles o recorrente; MAURO MARTOS peticionou, em 14/7/2006, nos termos do art. 526, CPC/76, informando a interposição de agravo de instrumento; em 3/10/2006, a exequente requereu diligências; houve penhora de vários bens e designação de leilões, com arrematação de bens em 2009; em 21/10/2011, a União Federal pediu a reunião da execução fiscal subjacente com a EF 2005.61.12.002844-9, o que foi indeferido; em 3/1/2012, a exequente requereu a intimação do coexecutado sobre a penhora realizada, o que foi indeferido por inexistir constrições nos autos; em 8/2/2013, a União Federal requereu a exclusão do espólio Alberto Capuci, porquanto comprovado a inexistência de bens a serem inventariados; em 7/8/2013, a exequente requereu a inclusão de Frigomar Frigoríficos Ltda no polo passivo da execução fiscal; em 20/02/2014, foi deferido o pedido; em 7/7/2014, houve a penhora de bem de propriedade da Frigomar Frigoríficos Ltda; em 6/10/2014, o Juízo de origem decidiu: “Tendo em vista que há inúmeras execuções fiscais em trâmite nesta Vara em face dos executados e que a questão relativa à sucessão da PRUDENFRIGO pela FRIGOMAR está para ser apreciada não só em Embargos à Execução Fiscal (em especial no de n. 0006371-06.2010.403.6112, em que houve produção de prova oral) como em outros processos em que se formulou recentemente o pedido de inclusão da empresa tida como sucessora, aguarde-se decisão a esse respeito antes de se dar seguimento aos atos executórios nesta ação, em que o bem penhorado é da empresa FRIGOMAR. Essa medida objetiva uma melhor otimização dos trabalhos da Secretaria e também da própria exequente, evitando-se que o processo seja movimentado, sem que, contudo, se tenha qualquer resultado prático e efetivo para o seu deslinde. Após a intimação da exequente, remetam-se os autos ao arquivo com baixa-sobrestado, podendo haver desarquivamento a qualquer momento, quando pendente pedido apto a dar efetivo andamento ao processo.”; em 8/8/2017, após pedido de penhora eletrônica, o Juízo de origem deu andamento ao feito; em 5/10/2017, houve penhora de bem imóvel; em 30/7/2018, determinou-se a suspensão do feito, para aguardar eventual arrematação do bem nos autos da Ação 1200530-20.1998.4.03.6112.

Em 27/6/2019, o ora agravante apresentou exceção de pré-executividade, alegando a prescrição intercorrente.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, através da Súmula 314, no que, *“em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”*.

A prescrição intercorrente, conforme disposta no art. 40, LEF, foi objeto de apreciação, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.340.553, restando consolidadas as seguintes teses: (i) *“O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução”* (Tema 566); (ii) *“Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável”* (Temas 567 e 569); (iii) *“A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens”* (Tema 568); (iv) *“A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição”* (Temas 570 e 571).

Destarte, não ocorreu o decurso de prazo previsto no art. 40, LEF, posto que, em nenhum momento não foram encontrados bens, sendo que, ao contrário, oportunas paralisações do feito ocorreram em virtude dos trâmites das expropriações dos bens constritos, com arrematações em hastas públicas.

Outrossim, sequer permaneceram os autos em arquivo entre 2014 (quando o Juízo determinou a suspensão da execução fiscal) e o 2017 (quando a execução fiscal retomou seu curso).

Assim, não demonstrada a ocorrência da prescrição intercorrente, em sede de exceção de pré-executividade.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5019114-14.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - JEF

Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 6ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 17/09/2020

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ESTIMADA EM VALOR EXCESSIVO. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO DO VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE.

1. O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico pretendido e, no caso de cumulação de pedidos, é obtido pela soma de cada um deles.

2. Na hipótese de pedido de condenação em danos morais, conquanto seja permitido à parte autora postular o valor que corresponda ao dano que entenda ter suportado, deve ater-se aos parâmetros da proporcionalidade em sua estimativa.

3. A indenização por danos morais foi estimada em valor superior ao dano material pretendido, sem a indicação de dados concretos que fundamentem o pleito em tal patamar.

4. É facultado ao juiz corrigir, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, nos termos do Art. 292, § 3º, do CPC.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do MM. Juízo suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo suscitante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juizado Especial Federal de Guarulhos/SP, em autos de ação previdenciária de repetição de indébito cumulada com pedido de indenização por dano moral.

A ação foi proposta junto ao MM. Juízo da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, que considerou desarrazoado o valor atribuído à causa (R\$ 71.404,74), na medida em que o valor pretendido a título de indenização por dano moral (R\$ 68.000,00) mostrava-se incompatível com o valor econômico do benefício patrimonial pretendido (R\$3.404,74). Por tal motivo, entendeu que a somatória dos dois pedidos perfaz valor inferior a sessenta

salários mínimos, de modo que declinou da competência em favor do Juizado Especial Federal de Guarulhos.

O MM. Juízo suscitante declarou-se igualmente incompetente, por entender que o Juízo suscitado não poderia reduzir de ofício o valor do dano moral, vez que se trata de questão a ser analisada no mérito. Alega que, para fins de atribuição do valor da causa, deve ser considerado o valor do dano moral estimado pela parte autora somado ao valor pretendido em razão do dano material.

Designei o MM. Juízo suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito, sem a sua intervenção.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

Não assiste razão ao Juízo suscitante.

Com efeito, o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico pretendido e, no caso de cumulação de pedidos, é obtido pela soma de cada um deles.

Na hipótese de pedido de condenação em danos morais, conquanto seja permitido à parte autora postular o valor que corresponda ao dano que entenda ter suportado, deve ater-se aos parâmetros da proporcionalidade em sua estimativa.

Ainda, a liberdade irrestrita de arbitrar o valor da própria causa permitiria à parte escolher o foro em que pretende litigar, em afronta às regras de competência absoluta, de ordem pública, tal como a prevista para os Juizados Especiais Federais, na forma do Art. 3º, § 3º da Lei nº 10.259/01.

No caso dos autos, a parte autora pretende a anulação de contratos fraudulentos de empréstimo consignado, bem como a devolução dos valores descontados do seu benefício, tendo indicado como valor da causa a soma do valor dos prejuízos materiais, de R\$3.404,74, e do pedido de dano moral, fixado em R\$ 68.000,00, totalizando R\$ 71.404,74.

Como se vê, a autora estima a indenização por danos morais em valor superior ao dano material pretendido, porém não indica, mediante dados concretos, o fundamento do pleito em tal patamar.

É facultado ao juiz corrigir, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, nos termos do Art. 292, § 3º, do CPC.

Assim, tem-se que o valor da indenização por dano moral, para fins de valor da causa, foi arbitrado em valor razoável pelo MM. Juízo da 6ª Vara Federal de Guarulhos, resultando em montante inferior a sessenta salários mínimos.

Nessa linha de entendimento:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VALOR DA CAUSA. EXCESSIVO. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA.

O magistrado pode alterar de ofício o valor dado à causa, sobretudo se a parte pretender com

o valor atribuído deslocar a competência absoluta do Juizado Especial Federal para a Vara Federal (Precedentes do STJ). Na fixação do valor da causa, a indenização por danos morais deve ser adequada à situação dos autos, evitando-se excessos.

(TRF-4 - CC: 50208906120164040000 5020890-61.2016.404.0000, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 01/12/2016, SEGUNDA SEÇÃO);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. REVISÃO DO BENEFÍCIO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR DA CAUSA.

1. A teor do disposto no art. 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/01, compete ao Juizado Especial Federal processar e julgar as demandas cujo valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. A contrário senso, a competência é do Juízo Federal Comum. 2. Segundo entendimento desta 3ª Seção, Para definição do valor da causa referente aos danos morais, deve ser utilizado como parâmetro o *quantum* referente ao total das parcelas vencidas e vincendas do benefício previdenciário pretendido, pois a pretensão secundária não pode ser desproporcional em relação à principal.

3. Considerando que a parte autora atribuiu ao pedido principal, de revisão do benefício, o valor de R\$ 12.863,71 (doze mil oitocentos e sessenta e três reais e setenta e um centavos), e não podendo o valor atinente ao pedido secundário, de indenização por danos morais, ser superior a tal montante, resta evidenciada, no caso, a competência do Juizado Especial Federal. (TRF-4 - CC: 50066223120184040000 5006622-31.2018.4.04.0000, Relator: LUIZ CARLOS CANALLI, Data de Julgamento: 21/03/2018, TERCEIRA SEÇÃO); e

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RETIFICAÇÃO DO VALOR DA CAUSA DE OFÍCIO. CRITÉRIO OBJETIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL.

1. O juiz deve corrigir de ofício o valor da causa quando verificar que o conteúdo patrimonial ou o proveito econômico for desproporcional àquele estimado pela parte (art. 292, § 3º, do art. 292 do CPC).

2. Nas ações previdenciárias, o valor pretendido como indenização por dano moral deve observar objetivamente o parâmetro máximo estabelecido pela 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cabendo observar o montante das parcelas vencidas e vincendas relativas ao benefício previdenciário em discussão para o seu arbitramento.

(TRF-4 - CC: 50324737220184040000 5032473-72.2018.4.04.0000, Relator: OSNI CARDOSO FILHO, Data de Julgamento: 26/09/2018, TERCEIRA SEÇÃO)”.

Cito, ainda, os julgados desta Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 1.015 DO CPC. MITIGAÇÃO. RESP Nº 1.704.520 E 1.696.396. COMPETÊNCIA. VALOR DA CAUSA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. VALOR INCOMPATÍVEL.

- A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou a tese da taxatividade mitigada do rol de hipóteses do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, admitindo a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

- À determinação do valor da causa, deve-se considerar o valor econômico pretendido, conforme disposto no artigo 291 do Código de Processo Civil.

- O valor da causa é a expressão monetária da vantagem econômica procurada. É o reflexo do pedido deduzido na petição inicial e deve resultar da aplicação de critérios ou parâmetros objetivos, sob pena de, pela via da atribuição do valor da causa, a parte escolher o juízo competente, desvirtuando a regra de competência.

- A parte autora pretende receber indenização por danos morais e parcelas vencidas e vincendas do benefício, sendo certo que o valor da causa há de englobar a soma de todos os pedidos formulados.
 - A indenização por dano moral deve ser proporcional ao valor do dano material postulado.
 - O valor apurado totaliza montante inferior a sessenta salários mínimos.
 - Como o valor não supera o patamar de sessenta salários mínimos (artigo 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/2001), correta está a decisão que declinou da competência para o Juizado Especial Federal.
 - A fixação do valor da causa não implica limitação para eventual condenação a título de dano moral.
 - Agravo de Instrumento desprovido. Decisão agravada mantida.
- (TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5026250-96.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020); e

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO INTERPOSTA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. DIREITO INTERTEMPORAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CUMULADO COM DANOS MORAIS. VALOR DA CAUSA. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUÍZO A *QUO*. POSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Interposta a apelação em data anterior a 18/03/2016, as regras a serem observadas em sua apreciação são aquelas próprias ao CPC/1973, consoante orientações adotadas pelos C. Conselho Nacional de Justiça e Superior Tribunal de Justiça, Inteligência do art. 14 do NCPC.
 2. Em se tratando de ação onde se cumula o ressarcimento de danos morais e concessão/revi-são de benefício previdenciário, o valor àquela atribuído deve observar o disposto no art. 259, inciso II, do Código de Processo Civil/1973 (atual 292, inciso VI, do CPC/2015), somando-se um e outro, se devidamente mensurados cada qual, quanto ao conteúdo econômico pretendido, na petição inicial, conforme orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 178243, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16/12/2004, DJU 11/04/2005, p. 305).
 3. *In casu*, o valor atribuído a título de danos morais se revela não compatível com o valor dos danos materiais, mesmo considerando que o parâmetro para eventual condenação englobe parcelas vencidas e vincendas, bem como as resultantes da incidência de correção monetária e juros legais.
 4. Não obstante a cumulação de pedidos seja cabível, o valor almejado a título de danos morais não pode ultrapassar o valor correspondente ao dano material pretendido. Assim, corrigido de ofício o valor da causa, tem-se valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos (artigo 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/2001), vigente na época do ajuizamento da ação.
 5. Apelação da parte autora não provida.
- (TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1890534 - 0003231-77.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 19/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/09/2017)

Destarte, em conformidade com o Art. 3º, *caput* e § 3º, da Lei 10.259/01, é de se reconhecer a competência absoluta do Juizado Especial Federal de Guarulhos.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o MM. Juízo suscitante. Oficie-se aos Juízos envolvidos.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

Direito Processual Penal



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

0002244-56.2003.4.03.6181

Embargante: EUSTÉBIO DE FREITAS

Embargado: ACÓRDÃO DE FLS.

Interessada: JUSTIÇA PÚBLICA

Absolvida: MARIA CRISTINA TADEU DE OLIVEIRA FREITAS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2020

EMENTA

PROCESSO PENAL. PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INTEGRAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INTERRUÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A prescrição, após o decreto condenatório com trânsito em julgado para a acusação, é regulada com base na pena concretamente aplicada (artigo 110, §1º, do Código Penal).
2. O acréscimo pela continuidade delitiva não deve ser considerado para fins de cálculo da prescrição da pretensão punitiva, em atenção ao artigo 119 do Código Penal e Súmula nº 497, do Supremo Tribunal Federal.
3. O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sua composição plenária, que “o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive confirmatório da sentença de 1º grau”, nos termos do inciso IV, do artigo 119, do Código Penal (HC nº 176.473/RR, julgado em 27.04.2020).
4. Embargos de declaração rejeitados. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar* os embargos de declaração opostos pela defesa de *Eustébio de Freitas* e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do embargante pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V e 119, todos do Código Penal e do art. 61 do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de setembro de 2020.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por *Eustébio de Freitas* (fls. 1352/1357) em face do acórdão de fls. 1350/1350-vº. da 4ª Seção desta Corte Regional que, por maioria, acolheu parcialmente os seus embargos infringentes para fixar a pena definitiva de 2 (dois)

anos, 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

Sustenta o ora embargante a omissão no acórdão recorrido que não analisou a prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista as penas aplicadas, o trânsito em julgado para a acusação e o decurso de mais de 4 (quatro) anos entre a publicação da sentença condenatória (último marco interruptivo) e a data atual.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela rejeição dos embargos de declaração (fls. 1361/1362).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Os embargos declaratórios têm por finalidade apenas sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão, de modo que não configura instrumento hábil para anular ou modificar decisões, tampouco meio de consulta para esclarecimento de dúvidas da parte, na medida que objetiva apenas o aperfeiçoamento da decisão judicial sem que isso implique reexame dos fatos e fundamentos da decisão.

No caso vertente, entendo que os declaratórios não merecem acolhida. Contudo, reconheço, de ofício, a extinção a punibilidade de *Eustébio de Freitas* em razão da prescrição da pretensão punitiva.

Consta dos autos que o ora embargante foi denunciado pelo cometimento do delito previsto no artigo 168-A c. c. o artigo 71, ambos do Código Penal, porque, na qualidade de administrador da empresa “Colégio Orlando Garcia da Silveira S/C Ltda.”, deixou de recolher, ao Fundo de Previdência e Assistência Social, valores referentes às contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados, nos períodos de 04/1997 a 08/1997, 10/1997 a 10/1998, 12/1998, 01/1999, 02/1999, 12/1999, 07/2000 e 11/2000 a 07/2001.

A denúncia foi recebida em 01/04/2004 (fls. 155/156).

Em seguida, o Ministério Público Federal aditou a peça acusatória para incluir os períodos de 09/2001, 11/2001 a 12/2001, 01/2002 a 04/2002, 06/2002 a 12/2002, 01/2003 a 08/2003, 10/2003 a 12/2003, 01/2004 a 05/2004, 07/2004 a 12/2004, 01/2005 a 03/2005 (fls. 305/306).

O aditamento foi recebido em 23/02/2006 (fl. 308).

Após instrução processual, o embargante foi condenado na sentença de 1º grau, publicada em 28/11/2013 pela prática do crime previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, na forma do artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal, às penas de 3 (três) anos, 5 (cinco) meses, 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, em regime aberto (fls. 1050/1056-vº).

Nesta Corte Regional, em sede de apelação, embora provido em parte o recurso do embargante para declarar extinta a punibilidade quanto às condutas relacionadas nas NFLDS 35.027.399-5, 35.027-400-2 e 35.634.397-7, o decreto condenatório foi mantido (NFLD n. 35.634.398-7), tendo sido fixadas as penas de 3 (três) anos, 1 (um) mês, 15 (quinze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, conforme acórdão disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal em 14/03/2019 e publicado em 15/03/2019 (fl. 1182 e vº), nos termos da Lei n. 11.419/2006 (art. 4º §§ 3º e 4º).

Diante da existência de voto vencido mais favorável, o embargante opôs embargos infringentes que foram, por maioria, parcialmente acolhidos para fixar a pena definitiva em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses de reclusão 14 (quatorze) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consoante acórdão disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal em 29/11/2019 e publicado em 02/12/2019 (fl. 1350 e vº), nos termos da Lei n. 11.419/2006 (art. 4º §§ 3º e 4º).

No julgamento dos embargos infringentes, na segunda fase da dosimetria da pena, houve a incidência da atenuante da confissão espontânea que determinou pena provisória de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O embargante sustenta que a pena definitiva (2 anos e 4 meses) resultou da aplicação da continuidade delitiva na última fase da dosimetria e que o acréscimo decorrente de qualquer figura do concurso de crimes não deve ser computado para fins de cálculo prescricional, nos termos do artigo 119 do Código Penal, daí porque sustenta que para a pena de 2 (anos) de reclusão, o prazo prescricional é o previsto no artigo 109, V, do Código Penal, ou seja, 4 (quatro) anos e, considerada a data da sentença condenatória (28/11/2013) até a presente data, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva.

No particular, não assiste razão ao embargante.

A prescrição é tema de ordem pública e pode ser suscitada a qualquer momento, sendo necessário analisá-la de acordo com a pena em concreto já que a decisão condenatória transitou em julgado para a acusação.

Nos termos dos §1º e §2º do artigo 110 do Código Penal, na redação anterior à publicação da Lei nº 12.234/2010, a prescrição, após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, é regulada com base na pena concretamente aplicada, podendo o termo inicial ser data anterior ao recebimento da denúncia.

Ainda, segundo o artigo 119 do Código Penal, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Em face do enunciado da Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação delitiva.

Com efeito, descontado o acréscimo da continuidade delitiva, deve ser considerada para o cálculo da prescrição a pena fixada em sede de embargos infringentes, qual seja, 2 (dois) de reclusão.

Nesse caso, o prazo prescricional a ser considerado é de 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 110 c.c. artigo 109, V, ambos do Código Penal.

No tocante aos marcos interruptivos do prazo prescricional, alinhava-me à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, de acordo com as hipóteses do artigo 117 do Código Penal, a publicação do acórdão confirmatório da condenação não constituía causa interruptiva da prescrição (AgRg no AREsp 1.155.786/AM, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 28/11/2017 e publicado no DJe de 04/12/2017).

Ocorre que a composição plenária do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento proferido no *Habeas Corpus* nº 176.473/RR, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, decidiu, por maioria, que:

Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo,

reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. (Sessão virtual de 17 a 24.04.2020, ata nº 11, de 27.04.2020, publicada no DJe nº 110, de 05.05.2020)

Pois bem, em que pese o trânsito em julgado para acusação em 09/12/2013 (fl. 1057-vº.), em observância ao entendimento firmado pela Corte Suprema não há falar em prescrição da pretensão punitiva entre a publicação da sentença até os dias atuais.

Isto porque a data da publicação do acórdão que confirma a sentença constitui marco interruptivo da prescrição e, entre a data da publicação do acórdão que acolheu parcialmente os embargos infringentes (02/12/2019) e presente data, não decorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos.

Contudo, verifica-se que, entre outros marcos interruptivos, transcorreu o prazo prescricional.

Com efeito, constato que entre a data dos fatos ocorridos até a competência datada de janeiro/2002 e o recebimento do aditamento à denúncia (23/02/2006 - fl. 308), decorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Ademais, consideradas as demais competências (fevereiro/2002 a março/2005) entre a data do recebimento do aditamento à denúncia (23/02/2006 - fl. 308) e a publicação da sentença condenatória (28/11/2013 - fl. 1056-vº.), transcorreu período superior a 4 (quatro) anos.

Portanto, está extinta a punibilidade de *Eustébio de Freitas* em razão da ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal, diante da pena concretamente aplicada.

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração opostos pela defesa de *Eustébio de Freitas* e, de ofício, declaro extinta a punibilidade do embargante pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V e 119, todos do Código Penal e do artigo 61 do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5025362-30.2019.4.03.0000

Paciente: MARICI FORONI

Impetrantes: CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN, LUIS GUSTAVO VENEZIANI SOUSA, NATHALIA MENEGHESSO MACRUZ, PEDRO VIEIRA

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 3ª VARA FEDERAL CRIMINAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO BOCA LIVRE. FRAUDE RELACIONADA A BENEFÍCIOS DA LEI ROUANET. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DO CRIME DE ESTELIONATO QUALIFICADO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CRIMINAL.

1. A imputação feita na denúncia, de prática do crime de estelionato qualificado (CP, art. 171, § 3º) contra a União, não se coaduna aos fatos praticados e, por isso, deve haver a reclassificação jurídica destes.

2. O estelionato é um crime patrimonial, praticado mediante fraude (*“obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio”*). Para que se materialize, é necessária a ocorrência da lesão ao patrimônio da vítima em decorrência da fraude (que se dá por indução ou manutenção da vítima em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento).

3. A Lei Rouanet é clara quanto à impossibilidade de recebimento, pelo patrocinador, de qualquer vantagem financeira ou material em decorrência do patrocínio que efetuar (v. art. 23, § 1º). Portanto, é ilícita qualquer contrapartida que tenha sido objeto de contrato entre o grupo intermediador e a patrocinadora para a liberação do patrocínio para o Pronac apresentado.

4. Apesar de o Ministério Público Federal, em diversos momentos da denúncia, ter chamado de “recursos públicos” os aportes feitos pelas empresas patrocinadoras, eles não o são. Somente a partir da dedução do imposto de renda, com a renúncia fiscal, é que os recursos das empresas (patrocínios) passam a ter natureza pública.

5. O grupo intermediador (por qualquer de suas empresas) era autorizado a captar patrocínios para cada Pronac (projeto cultural) que apresentava ao Ministério da Cultura e por ele era aprovado. Uma vez obtido o patrocínio, esse valor deveria ser totalmente aplicado no Pronac para o qual fora autorizada a sua obtenção. Tendo sido desviado para qualquer outra situação (não importa qual), o valor desviado era privado até o momento em que a empresa patrocinadora deduzia do seu imposto de renda o valor aportado. Somente a partir desse momento, ou seja, da diminuição do imposto de renda que deveria ser recolhido é que se pode dizer que há lesão ao patrimônio da União.

6. A contrapartida, em si mesma, não lesa o patrimônio da União. Se o grupo intermediador negociou com a patrocinadora um show privado de um artista famoso

pelo patrocínio de R\$ 270.000,00 e utilizou, para tanto, de Pronacs que tinham por objeto a difusão da música instrumental brasileira, por exemplo, esse show, em si mesmo, não lesa o patrimônio da União, já que esse valor (patrocínio) saiu dos cofres da empresa (privado) e não dos cofres da União (público). A lesão ao patrimônio da União somente ocorrerá, repita-se, no momento em que esses R\$ 270.000,00 forem deduzidos do imposto de renda devido pela empresa.

7. O meio não pode ser posterior ao fim. Se a empresa patrocinadora objetivasse apenas os shows, os eventos e os livros, qual o sentido de patrocinar um projeto cultural, se poderia alcançar esses mesmos objetivos (shows, eventos e livros) diretamente? Nenhum. Em diversas situações vistas na Operação Boca Livre, o valor aportado a título de patrocínio era muito superior ao custo de apresentação de um artista para evento privado, de onde se pode supor que, se o objetivo da empresa fosse realmente o show, seria muito mais fácil e mais barato contratar diretamente o artista, por meio de seu agente, do que se valer de um esquema envolvendo desvios de finalidade de Pronac. A conduta das empresas patrocinadoras só se justifica, do ponto de vista lógico, se o que elas objetivavam era valer-se de um futuro benefício fiscal. A conduta imputada à paciente não pode ser classificada como estelionato.

8. O acusado defende-se de fatos, e não da capitulação que consta na denúncia ou queixa, e o momento processual adequado para eventual correção da capitulação é o da prolação da sentença, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal. Excepcionalmente, porém, é possível proceder a tal correção em momento diverso, inclusive o de recebimento da denúncia, nas hipóteses de erro flagrante, alteração de competência absoluta e concessão de benefícios processuais ao acusado, com a aplicação dos institutos benéficos previstos na legislação, em especial a transação penal e a suspensão condicional do processo.

9. Se de antemão o magistrado percebe, no início do processo, que o fato se enquadra em tipo penal que admite tais medidas, não faz sentido processar integralmente a ação penal (com apresentação de defesa pelo acusado, realização de instrução e oferecimento de alegações finais pelas partes) para, somente ao final, no momento de prolação da sentença, determinar a conversão do julgamento em diligência para, então, oferecê-las. Assim, embora o momento adequado para a reclassificação jurídica da conduta imputada seja, em regra, o da prolação da sentença, em determinadas situações o juízo é autorizado a assim proceder em momento anterior, inclusive o de recebimento da denúncia, ante a desnecessidade de instrução probatória para tanto.

10. No caso, há um aparente conflito de normas, pois o MPF imputa à paciente a prática do delito de estelionato majorado (CP, art. 171, § 3º), enquanto os impetrantes defendem que a conduta da paciente se amolda, em tese, ao crime do art. 40 da Lei Rouanet.

11. Pelo exame dos autos, a intenção da paciente (sem estabelecer qualquer juízo de valor prévio acerca da sua eventual ilicitude) era valer-se do benefício fiscal decorrente da Lei Rouanet, qual seja, a dedução do imposto de renda do valor aplicado nos projetos culturais alegadamente fraudados. Assim, esse conflito aparente de normas deve ser resolvido pelo princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), pois, no caso, o suposto uso fraudulento dos benefícios da Lei Rouanet é incriminado pelo art. 40 dessa Lei, que, por isso, constitui norma especial em relação ao estelionato e, ainda, aos tipos descritos na Lei nº 8.137/90.

12. É certo também que tal fato constitui especial modalidade de crime contra a ordem tributária, de sorte que o pagamento integral do valor do tributo relativo ao

benefício supostamente fraudado, devidamente atualizado, com aplicação de juros e multa, constitui causa extintiva da punibilidade. Contudo, não há como reconhecer, neste *writ*, a extinção da punibilidade da paciente pelo pagamento integral do tributo, haja vista que tal situação depende de manifestação específica da autoridade fazendária, não presente nos autos, a ser aferida na origem.

13. Em relação à prescrição da pretensão punitiva, não é o caso de se examinar essa questão no âmbito deste *habeas corpus*, até porque isso demandaria examinar o momento em que teria ocorrido a constituição definitiva do crédito tributário, já que o crime do art. 40 da Lei Rouanet é material (*obter redução do imposto de renda*) e, nesse caso, teria que ser observada a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

14. Considerando que a pena máxima do crime previsto no art. 40 da Lei Rouanet não é superior a dois anos de reclusão, a competência para o exame da suficiência do pagamento realizado, bem como de eventual prescrição da pretensão punitiva, é do Juizado Especial Federal Criminal adjunto ao juízo de origem.

15. Ordem parcialmente concedida para reclassificar a conduta imputada à paciente de estelionato, por três vezes, para o crime previsto no art. 40 da Lei Rouanet. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento do feito, após o voto vista do DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS, NO SENTIDO DE DIVERGIR DO VOTO DO DES. FED. RELATOR, foi proclamado o seguinte resultado: A Décima Primeira Turma, POR MAIORIA, decidiu CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM para reclassificar a conduta imputada à paciente de estelionato, por três vezes, para o crime previsto no art. 40 da Lei Rouanet, a ser processado e julgado perante o Juizado Especial Federal Criminal adjunto à 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, assegurando à paciente, ainda, a possibilidade do reconhecimento da extinção da punibilidade desde que tenha havido o pagamento integral do tributo relativo aos benefícios fiscais supostamente fraudados, devidamente atualizados, com aplicação de juros e multa, o que deverá ser verificado pelo juízo impetrado, na origem, ao qual caberá, ainda, examinar eventual prescrição da pretensão punitiva, e JULGAR PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL. Em consequência, não deverá ser procedida à instrução em relação à paciente, não se estendendo a sua situação para os demais corréus na ação penal, eis que diferentes, nos termos do voto do DES. FED. RELATOR, com quem votou o DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI, vencido o DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS, que denegava a ordem de *habeas corpus*. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O DES. FED. RELATOR, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Carlos Kauffmann, Luiz Gustavo Veneziani, Nathalia Meneguesso Macruz e Pedro Vieira, em favor de MARICI FORONI, contra ato da 3ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP que, após o

oferecimento de resposta escrita à acusação, determinou o prosseguimento da ação penal em que se imputa à paciente, na qualidade de diretora de marketing e sócia-administradora da INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA, a prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, no âmbito da *segunda fase* da denominada *Operação Boca Livre*, mantendo a rejeição inicial da denúncia quanto ao crime capitulado no art. 288 do Código Penal.

Segundo a denúncia, a paciente teria aportado recursos em três Projetos Nacionais de Apoio à Cultura (Pronac nº 092709, nº 073786 e nº 081715), intermediados pelo Grupo Bellini Cultural (GBC), que, contudo, não chegaram a ser efetivamente realizados, vez que o propósito da empresa patrocinadora, além do benefício fiscal previsto na Lei Rouanet (Lei nº 8.313/91), era, desde o início da avença, o custeio da festa de comemoração dos 85 anos da GRÁFICA FARONI, promovida em agosto de 2010 pelo Grupo Bellini, por meio do desvio de recursos desses Pronacs.

Os impetrantes alegam, em síntese, que ainda que se pudesse considerar que a paciente obteve vantagem patrimonial no patrocínio de tais projetos culturais, com a intermediação fraudulenta do Grupo Bellini, essa vantagem teria sido o benefício fiscal concedido pela Lei Rouanet, não havendo, assim, que se falar em crime de estelionato (CP, art. 171), já que a vantagem supostamente auferida teria sido decorrente da dedução do imposto de renda relacionado ao valor aplicado nos citados projetos, conduta criminalizada no art. 40, *caput*, da Lei. Nesse sentido, mencionam a decisão proferida por esta Décima Primeira Turma no HC nº 0004307- 79.2017.4.03.0000.

Por isso, pleitearam a concessão liminar da ordem para que fosse suspenso o curso da ação penal de origem e, no mérito, pedem que a conduta imputada à paciente seja reclassificada para o crime capitulado no art. 40 da Lei 8.313/91 e, em razão disso, seja declarada extinta a sua punibilidade pela prescrição, já que entre a data dos fatos (2010) e o recebimento da denúncia (22.02.2019) transcorreu lapso temporal superior a 3 (três) anos.

O pedido de liminar foi deferido em favor de todos os acusados (ID 104915543).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 106510433), nas quais justificou o recebimento da denúncia pelo crime de estelionato, fundamentando, em síntese, que a finalidade da conduta, tal como descrita na peça acusatória, seria a obtenção da contrapartida ilícita, e não propriamente a dedução do tributo.

O Procurador Regional da República interpôs agravo regimental, contra a decisão liminar de suspensão do feito (ID 107376345) e, na sequência, opinou pela denegação da ordem (ID 122777541).

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Este *habeas corpus* refere-se à *segunda fase* da denominada *Operação Boca Livre*, que, em sua primeira fase, resultou na ação penal nº 0001071-40.2016.4.03.6181, em trâmite na 3ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo.

A situação descrita nos autos assemelha-se àquela que foi objeto do HC nº 0004307-79.2017.4.03.0000, de minha relatoria, relacionado à primeira fase dessa Operação. Em outras palavras, a imputação feita na denúncia não se coaduna aos fatos praticados e, por isso, deve haver a reclassificação jurídica destes.

Com efeito, a leitura da denúncia (ID 92213453) mostra que se imputa à paciente o suposto cometimento de três crimes de estelionato, relativos aos aportes financeiros realizados no *Pronac nº 092709*, intitulado “Estrelas da Música Instrumental Brasileira”, voltado à realização de seis apresentações gratuitas de orquestra sinfônica, com acompanhamento de intérprete da MPB, para populações carentes de cidades brasileiras; *Pronac nº 073786*, intitulado “Perfil dos Tempos”, para a edição de livro sobre o Leste Paulista; e, por fim, no *Pronac nº 081715*, “Música Instrumental pelo Brasil”, objetivando a difusão da música instrumental brasileira em shows itinerantes por cidades do país.

Segundo a acusação, esses projetos não chegaram a ser realizados, vez que o propósito da empresa patrocinadora, além do benefício fiscal previsto na Lei Rouanet (Lei nº 8.313/91), era, desde o início da avença, o custeio da festa de comemoração dos 85 anos da GRÁFICA FARONI, promovida em agosto de 2010 pelo Grupo Bellini, por meio do desvio de recursos desses Pronacs.

Pois bem. Para melhor clareza, é necessário descrever do que se trata a Operação Boca Livre, a partir do que consta na denúncia.

Segundo o Ministério Público Federal (MPF), essa Operação, em suas duas fases, insere-se no contexto investigatório de desvirtuamento dos objetivos da Lei Rouanet (Lei nº 8.313, de 23.12.1991), os quais, apesar da regular captação de recursos visando à promoção de projetos culturais em nível nacional, deixaram de ser atingidos, por conta dos desvios de recursos públicos promovidos pelas pessoas denunciadas, em conluio com integrantes do Grupo Bellini Cultural. Essas pessoas são diretores e/ou gerentes de mais de uma dezena de empresas patrocinadoras desses projetos culturais.

A acusação baseia-se em elementos de prova obtidos por ocasião do cumprimento de buscas e apreensões na sede do Grupo Bellini e nas sedes de diversas empresas patrocinadoras, bem como por interceptações telefônicas e telemáticas, tudo com a devida autorização judicial, no âmbito da referida Operação.

O MPF argumenta que, em meio às provas colhidas, constatou-se a realização de diversas fraudes contra a União pela inexecução – total ou parcial – de projetos culturais aprovados pelo Ministério da Cultura (MinC), sob a égide da Lei Rouanet, sendo que esses projetos culturais (denominados Pronac) haviam sido propostos pelo Grupo Bellini (por meio de suas empresas), que obteve autorização para a captação de patrocínios visando à sua realização.

Aduz, que, como incentivo ao empreendedorismo cultural, a Lei Rouanet previu a concessão de dedução de percentual do imposto devido pela pessoa jurídica que aportasse recursos em projetos culturais, de modo que os benefícios advindos desses aportes se traduziriam na vinculação gratuita da marca da instituição (empresa) ao projeto cultural patrocinado, sendo que os recursos públicos que deveriam ser normalmente recolhidos aos cofres públicos na forma de tributo, são, na verdade, revertidos na execução do projeto cultural.

No entanto, diz, o que se verificou nas investigações foi que os aportes feitos pelas empresas investigadas – *considerados como recursos públicos federais porque captados por meio do incentivo fiscal previsto na Lei Rouanet* – não foram contabilizados a favor do custeio dos projetos culturais aprovados pelo MinC e para os quais seriam destinados, mas foram objeto de comprovados desvios e fraudes praticados pelo Grupo Bellini (por suas diversas empresas) e também por dirigentes, prepostos, gerentes e/ou representantes de dezenas de empresas patrocinadoras, em conluio ou elo associativo.

Via de regra, a fraude resume-se no seguinte procedimento: empresa vinculada ao Grupo Bellini foi proponente, junto ao MinC, de projeto cultural para o qual ficou autorizada a

obter patrocínio junto a empresas. Obtido o patrocínio, o respectivo valor era desviado para a realização de eventos corporativos promovidos pelo Grupo Bellini em benefício das próprias empresas patrocinadoras.

Durante as investigações, que abrangeram o período do início de 1998 até 29 de junho de 2016 (data da deflagração da Operação Boca Livre), constatou-se que milhares de eventos corporativos foram promovidos pelo Grupo Bellini. Constatou-se também, a partir das buscas e apreensões e dos diálogos telefônicos e telemáticos interceptados, que dezenas de projetos culturais aprovados pelo MinC (e para os quais os patrocínios haviam sido obtidos) não foram executados ou o foram de modo parcial, em razão dos desvios dos recursos. E esses desvios ocorreram não apenas em favor dos próprios integrantes do Grupo Bellini, mas especialmente para a promoção de eventos corporativos no interesse das empresas patrocinadoras.

O MPF alega que o prejuízo advindo dessas fraudes superou R\$ 41 milhões na primeira fase da Operação e que, na segunda fase, foram identificados desvios de mais de R\$ 25 milhões.

Diz, ainda, que a maior parte das empresas patrocinadoras somente aportava recursos em projetos culturais mediante certas condições, em regra expressas nos contratos de patrocínio, sem qualquer fundamento legal. Essas condições, que previam contrapartidas ilícitas, resultavam no desvio de grande parte dos recursos que deveriam ter sido empregados nos projetos culturais aprovados pelo MinC. Destaca que, para se formalizar um aporte a projeto cultural não é necessária a celebração de contrato de patrocínio, bastando a exibição do comprovante de que os recursos que deveriam ser recolhidos aos cofres públicos (até 4% do IR devido sobre o lucro real) foram depositados em uma conta oficial vinculada a um projeto cultural aprovado pelo MinC.

Assim, entende o MPF que, ao procederem a esse desvio de recursos, com base na Lei Rouanet, a União teria sido usada não apenas como promotora de uma isenção fiscal sem causa, mas também do financiamento de festas ou produtos corporativos sem qualquer custo para a empresa patrocinadora ou incentivadora. Aduz que os departamentos de marketing dessas empresas utilizavam-se dos recursos objeto dos aportes em favor delas mesmas, como se privados fossem, sendo que muitos contratos de patrocínio apreendidos continham cláusulas expressas de contrapartidas, que são ilícitas, a corroborar o fato de que, sem elas, o patrocínio não sairia.

O MPF entende que tudo isso ocorria em associação criminosa entre os integrantes do Grupo Bellini e os representantes das empresas e que esses desvios constituem estelionato contra a União, não sendo aplicável ao caso o tipo previsto no art. 40 da Lei Rouanet.

A imputação por associação criminosa não é objeto de exame porque a denúncia foi rejeitada nessa parte.

Quanto à imputação por estelionato, é preciso examinar, antes de mais nada, o tipo penal invocado pelo MPF:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

[...]

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Pois bem. Em primeiro lugar é preciso ter em mente que o estelionato é um crime contra o patrimônio e, portanto, na lição de Heleno Cláudio Fragoso, “[o] *interesse juridicamente*

tutelado neste crime é a inviolabilidade do patrimônio, com especial referência às ações praticadas com engano ou fraude. De forma secundária é também tutelada a segurança, a fidelidade e a veracidade nos negócios jurídicos patrimoniais (...) (Lições de direito penal, parte especial: arts. 121 a 212 do CP, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 382).

Disso decorre que se trata de *crime material*, que só se perfaz com a obtenção da *vantagem ilícita patrimonial*, que é o fim visado pelo agente.

No caso dos patrocínios feitos pelas empresas que foram alvo da Operação Boca Livre, qual seria o dano patrimonial à União por elas objetivado, por intermédio dos seus representantes?

O MPF entendeu, na denúncia, que o objetivo visado eram as contrapartidas ilícitas (*eventos corporativos promovidos pelo Grupo Bellini em benefício das próprias empresas patrocinadoras*), que provinham do desvio dos valores aportados a título de patrocínio, os quais o órgão acusatório entendeu serem recursos públicos.

Esse raciocínio foi acolhido pela autoridade judicial impetrada, conforme se depreende do seguinte trecho das informações, que reproduz o que constou no recebimento da denúncia por estelionato:

Dessa forma, entendeu-se pela impossibilidade de enquadramento no artigo 40 da Lei Rouanet, uma vez que, da leitura do mencionado dispositivo, observa-se que a conduta seria voltada à obtenção da redução do imposto de renda devido, e a fraude seria praticada com a finalidade de obter a sonegação tributária.

No presente caso, a finalidade da conduta seria a obtenção da contrapartida ilícita, correspondente justamente ao show exclusivo para a empresa patrocinadora. Ou seja, a vantagem indevida, que consubstancia o delito de estelionato, seria o show do cantor Toquinho e Orquestra Arte Viva, em comemoração aos 85 anos da empresa, para 800 convidados da patrocinadora, realizado no HSBC Brasil, no dia 29 de agosto de 2010.

A finalidade da conduta, tal como descrita na denúncia, não seria a dedução do tributo. A dedução do tributo seria o meio (fraudulento) empregado para a obtenção da vantagem ilícita, consistente nas contrapartidas ilegais (shows, eventos, livros) obtidas pelas patrocinadoras. Assim, ao menos em uma análise preliminar, sem adentrar no mérito, que será discutido durante a instrução, não estar-se-ia [sic] diante do delito apontado pela defesa, pois não se obtinha somente o não pagamento de tributos. Além da dedução tributária, as empresas obtinham as contrapartidas ilícitas, que eram justamente os shows, eventos e livros. Estes eram inclusive objeto do contrato de patrocínio firmado entre as empresas do Grupo Bellini e as empresas patrocinadoras.

[os negritos e sublinhados constam do original]

Com a devida vênia, o entendimento do MPF na denúncia, que foi acolhido pelo juízo impetrado, contém significativo equívoco conceitual.

Isso porque, como dito acima, o estelionato é um crime patrimonial, praticado mediante *fraude* (“*obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio*”). Para que se materialize, é *necessária* a ocorrência da *lesão* ao patrimônio da vítima em decorrência da fraude (que se dá por indução ou manutenção da vítima em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento).

O núcleo do tipo é o verbo “*obter*” (que significa conseguir, lograr, ganhar) e compõe-se com a expressão “*para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento*”.

Assim, obter significa conseguir uma vantagem (lucro ou ganho) indevida em razão da indução ou manutenção da vítima em erro (engano) nela provocado, que é a finalidade do agente, sem que ela (vítima) note que está sendo lesada.

Para que exista o crime de estelionato, são necessários: i) emprego de fraude; ii) situação de erro à qual a vítima foi induzida ou nela foi mantida; iii) obtenção da vantagem ilícita; iv) prejuízo da vítima.

No caso das empresas patrocinadoras investigadas no âmbito da Operação Boca Livre, sem maiores digressões quanto ao mérito da imputação, qual seria a lesão ao patrimônio da União?

A Lei Rouanet é clara quanto à impossibilidade de recebimento, pelo patrocinador, de qualquer vantagem financeira ou material em decorrência do patrocínio que efetuar (v. art. 23, § 1º). Portanto, é ilícita qualquer contrapartida que tenha sido objeto de contrato entre o Grupo Bellini e a patrocinadora para a liberação do patrocínio para o Pronac apresentado.

No entanto, essas contrapartidas constituiriam prejuízo para o patrimônio da União?

Apesar de o MPF, em diversos momentos da denúncia, ter chamado de “recursos públicos” os aportes feitos pelas empresas patrocinadoras, eles não o são. Somente a partir da dedução do imposto de renda, com a renúncia fiscal, é que os recursos das empresas (patrocínios) passam a ter natureza pública. Até então, sua natureza é privada.

Explico.

O Grupo Bellini (por qualquer de suas empresas) era autorizado a captar patrocínios para cada Pronac (projeto cultural) que apresentava ao MinC e por ele era aprovado. Uma vez obtido o patrocínio, esse valor deveria ser totalmente aplicado no Pronac para o qual fora autorizada a sua obtenção. Tendo sido desviado para qualquer outra situação (não importa qual), o valor desviado era privado até o momento em que a empresa patrocinadora deduzia do seu imposto de renda o valor aportado. Somente a partir desse momento, ou seja, da diminuição do imposto de renda que deveria ser recolhido é que se pode dizer que há lesão ao patrimônio da União.

A contrapartida, em si mesma, não lesa o patrimônio da União. Se o Grupo Bellini negociou com a patrocinadora um show privado de um artista famoso pelo patrocínio de R\$ 270.000,00 e utilizou, para tanto, de Pronacs que tinham por objeto a difusão da música instrumental brasileira, por exemplo, esse show, em si mesmo, não lesa o patrimônio da União, já que esse valor (patrocínio) saiu dos cofres da empresa (privado) e não dos cofres da União (público). A lesão ao patrimônio da União somente ocorrerá, repita-se, no momento em que esses R\$ 270.000,00 forem deduzidos do imposto de renda devido pela empresa.

De outro lado, o fundamento da autoridade impetrada no sentido de que “[a] dedução do tributo seria o meio (fraudulento) empregado para a obtenção da vantagem ilícita, consistente nas contrapartidas ilegais (shows, eventos, livros) obtidas pelas patrocinadoras” não é lógica.

Ora, o meio não pode ser posterior ao fim. Se a empresa patrocinadora objetivasse apenas os shows, os eventos e os livros, qual o sentido de patrocinar um projeto cultural, se poderia alcançar esses mesmos objetivos (shows, eventos e livros) diretamente? Nenhum.

Observe-se que, em diversas situações vistas na Operação Boca Livre, o valor aportado a título de patrocínio era muito superior ao custo de apresentação de um artista para evento privado, de onde se pode supor que, se o objetivo da empresa fosse realmente o show, seria muito mais fácil e mais barato contratar diretamente o artista, por meio de seu agente, do que se valer de um esquema envolvendo desvios de finalidade de Pronac.

A conduta das empresas patrocinadoras só se justifica, do ponto de vista lógico, se o que elas objetivavam era valer-se de um futuro benefício fiscal.

Veja-se, aliás, o que o próprio MPF fez constar da denúncia:

Em meio às provas colhidas, foi constatada a realização de diversas fraudes contra a União no que se refere à *inexecução - total ou parcial - de projetos culturais aprovados pelo Ministério da Cultura* (doravante designando MinC), sob a égide da Lei nº 8313/91 (Lei Rouanet). Tais projetos (PRONAC's) haviam sido propostos pelo Grupo Bellini (por meio de suas empresas) e aprovados pelo MinC, a partir da captação de milhões em aportes de empresas, que seriam empregados, a título de patrocínio, nesses mesmos projetos.

Ora, sabe-se que, como incentivo ao empreendedorismo cultural, a Lei Rouanet previu a concessão de dedução de até 4% (quatro por cento) do imposto de renda devido pela pessoa jurídica que aportar recursos em projetos culturais por meio da Lei Rouanet. O benefício advindo desses aportes se traduz na vinculação gratuita da marca da instituição (empresa) ao projeto cultural em a patrocinadora investiu, sendo que *os recursos públicos que deveriam ser normalmente por ela recolhidos, na forma de tributo, são, na verdade, revertidos na execução desse projeto cultural*.

O Grupo Bellini, em princípio, valendo-se de seus projetos culturais aprovados pelo MinC, oferecia às empresas patrocinadoras contrapartidas para que estas fizessem aportes para esses projetos, em descumprimento à Lei Rouanet. Aspectos mais específicos dessas condutas, no entanto, escapam ao restrito campo de conhecimento deste *habeas corpus*.

Aqui, o que importa destacar é que a conduta imputada à paciente não pode ser classificada como estelionato. Assiste razão aos impetrantes no que tange à tipificação da conduta a ela imputada.

Como já disse em outra oportunidade (no HC acima indicado), o acusado defende-se de fatos, e não da capitulação que consta na denúncia ou queixa, e o momento processual adequado para eventual correção da capitulação é o da prolação da sentença, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal.

Excepcionalmente, porém, é possível proceder a tal correção em momento diverso, inclusive o de recebimento da denúncia, nas hipóteses de erro flagrante, alteração de competência absoluta e concessão de benefícios processuais ao acusado, com a aplicação dos institutos benéficos previstos na legislação, em especial a transação penal e a suspensão condicional do processo.

De fato, se de antemão o magistrado percebe, no início do processo, que o fato se enquadra em tipo penal que admite tais medidas, não faz sentido processar integralmente a ação penal (com apresentação de defesa pelo acusado, realização de instrução e oferecimento de alegações finais pelas partes) para, somente ao final, no momento de prolação da sentença, determinar a conversão do julgamento em diligência para, então, oferecê-las.

Assim, embora o momento adequado para a reclassificação jurídica da conduta imputada seja, em regra, o da prolação da sentença, em determinadas situações o juízo é autorizado a assim proceder em momento anterior, inclusive o de recebimento da denúncia, ante a desnecessidade de instrução probatória para tanto.

É esse exatamente o caso dos autos.

Há um aparente conflito de normas, pois o MPF imputa à paciente a prática do delito de estelionato majorado (CP, art. 171, § 3º), enquanto os impetrantes defendem que a conduta da paciente se amolda, em tese, ao crime do art. 40 da Lei Rouanet, que assim dispõe:

Art. 40. Constitui crime, punível com reclusão de dois a seis meses e multa de vinte por cento do valor do projeto, obter redução do imposto de renda utilizando-se fraudulentamente de qualquer benefício desta Lei.

§ 1º No caso de pessoa jurídica respondem pelo crime o acionista controlador e os administradores que para ele tenham concorrido.

§ 2º Na mesma pena incorre aquele que, recebendo recursos, bens ou valores em função desta Lei, deixa de promover, sem justa causa, atividade cultural objeto do incentivo.

Pelo que acima foi dito e pelo exame dos autos, a intenção da paciente (sem estabelecer qualquer juízo de valor prévio acerca da sua eventual ilicitude) era valer-se do benefício fiscal decorrente da Lei Rouanet, qual seja, a dedução do imposto de renda do valor aplicado nos projetos culturais alegadamente fraudados.

Assim, esse conflito aparente de normas deve ser resolvido pelo *princípio da especialidade* (*lex specialis derogat generali*), pois, no caso, o suposto uso fraudulento dos benefícios da Lei Rouanet é incriminado pelo art. 40 dessa Lei, que, por isso, constitui norma especial em relação ao estelionato e, ainda, aos tipos descritos na Lei nº 8.137/90.

Dito isso, é certo também que tal fato constitui especial modalidade de crime contra a ordem tributária, de sorte que o pagamento integral do valor do tributo relativo ao benefício supostamente fraudado, devidamente atualizado, com aplicação de juros e multa, constitui causa extintiva da punibilidade.

Também em relação à prescrição da pretensão punitiva, não é o caso de se examinar essa questão no âmbito deste *habeas corpus*, até porque isso demandaria examinar o momento em que teria ocorrido a constituição definitiva do crédito tributário, já que o crime do art. 40 da Lei Rouanet é material (*obter redução do imposto de renda*) e, nesse caso, teria que ser observada a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, considerando que a pena máxima do crime previsto no art. 40 da Lei Rouanet não é superior a dois anos de reclusão, a competência para o exame da suficiência do pagamento realizado, bem como de eventual prescrição da pretensão punitiva, é do Juizado Especial Federal Criminal adjunto à 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP.

Em consequência, não deverá ser procedida à instrução em relação à paciente.

Posto isso, *CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM* para reclassificar a conduta imputada à paciente de estelionato, por três vezes, para o crime previsto no art. 40 da Lei Rouanet, a ser processado e julgado perante o Juizado Especial Federal Criminal adjunto à 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, assegurando à paciente, ainda, a possibilidade do reconhecimento da extinção da punibilidade desde que tenha havido o pagamento integral do tributo relativo aos benefícios fiscais supostamente fraudados, devidamente atualizados, com aplicação de juros e multa, o que deverá ser verificado pelo juízo impetrado, na origem, ao qual caberá, ainda, examinar eventual prescrição da pretensão punitiva, e *JULGO PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL*. Em consequência, não deverá ser procedida à instrução em relação à paciente, não se estendendo a sua situação para os demais corréus na ação penal, eis que diferentes.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO-VISTA

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por Carlos Fernando de Faria Kauffmann, Luis Gustavo Veneziani, Nathalia Meneguesso Macruz e Pedro Vieira - em favor de MARICI FORONI -, contra ato praticado pelo Juízo Federal da 3ª Vara de São Paulo/SP, no bojo da denominada “Operação Boca Livre” – 2ª Fase (ação penal nº 0001811-90.2019.4.03.6181).

Colhe-se dos autos que o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em 27.11.2018, ofereceu denúncia em desfavor da paciente, dentre outros, como incursos nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal, pelos seguintes fatos (ID92213453):

a) que na deflagração da segunda fase da “Operação Boca Livre” teriam sido coletadas provas de ilícitos na contratação e execução de projetos culturais aprovados pelo Ministério da Cultura no âmbito da Lei nº 8.313/1991, “Lei Rouanet”, com o consequente desvio dos recursos públicos destinados a promoção de projetos culturais em nível nacional;

b) que, não obstante a regular captação de recursos públicos federais destinados a fomentar a cultura brasileira, teriam sido apurados desvios e fraudes na execução total ou parcial dos projetos culturais propostos pelo “Grupo Bellini” e aprovados pelo Ministério da Cultura, com o favorecimento das empresas patrocinadoras por meio de contrapartidas ilícitas, de maneira que as patrocinadoras somente aportavam recursos em projetos culturais após a confirmação formal de que parte destes seria revertida em benefício próprio, na forma de eventos corporativos e produtos institucionais, sem prejuízo da isenção fiscal e futura dedução do valor correspondente no Imposto de Renda;

c) que as investigações teriam demonstrado participação de representantes e prepostos de patrocinadores identificados como coautores no desvio de recursos públicos e na prática do crime de estelionato contra a União, em conluio com os integrantes da BELLINI CULTURAL;

d) que a empresa INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA. teria aportado recursos públicos (i) no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a pretexto da realização do projeto cultural PRONAC 073786 – “Perfil dos Tempos”, consistente na edição de livro representativo do Leste Paulista, por meio de biografias de seus habitantes desde o século XVI até a atualidade, confeccionado em forma de fascículos colecionáveis; (ii) no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para realização do projeto cultural PRONAC 081715, intitulado “Música Instrumental pelo Brasil”, que objetivava a divulgação da música instrumental brasileira em shows itinerantes por várias cidades, com apresentações de orquestra sob a regência do maestro Júlio Medaglia; e (iii) no valor de 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) para a concretização do projeto cultural PRONAC 092709, denominado “Estrelas da Música Instrumental Brasileira”, destinado a apresentações gratuitas de orquestra sinfônica sob a regência do maestro Júlio Medaglia, com acompanhamento de intérprete da Música Popular Brasileira;

e) que os recursos aportados nesses projetos teriam sido utilizados para a realização do espetáculo musical “Orquestra Sinfônica Arte Viva”, com regência do Maestro Amilson Godoy e com o compositor e cantor Toquinho, para 800 espectadores, no espaço HSBC – Brasil, em 29 de agosto de 2010, evento corporativo e em benefício exclusivo da INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA; e,

f) que a paciente MARICI FORONI teria participado das negociações e assinado os contratos de patrocínio supramencionados na condição de responsável pelo setor de marketing da empresa INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA.;

A denúncia foi recebida em 22.02.2019 (ID92213453).

Em síntese, a impetração sustenta que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal diante da impropriedade jurídica da autoridade coatora ao qualificar como estelionato eventual utilização fraudulenta dos benefícios previstos na “Lei Rouanet”, já que a vantagem supostamente auferida teria sido decorrente da dedução do imposto de renda relacionado ao valor aplicado nos citados projetos, conduta criminalizada no art. 40, *caput*, da citada Lei.

Na sessão realizada em 07.05.2020, o e. Relator, CONCEDEU PARCIALMENTE A ORDEM, para reclassificar a conduta imposta à paciente de estelionato, por três vezes, para o crime previsto no art. 40 da “Lei Rouanet”, a ser processado perante o Juizado Especial Federal adjunto à 3ª Vara Criminal de São Paulo/SP, assegurando à paciente, ainda, a possibilidade do reconhecimento da extinção da punibilidade desde que tenha havido o pagamento integral do tributo relativo aos benefícios fiscais supostamente fraudados, devidamente atualizados, com aplicação de juros e multa, o que deverá ser verificado pelo juízo impetrado, na origem, ao qual caberá, ainda, examinar eventual prescrição da pretensão punitiva, e JULGOU PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

Pedi vista dos autos para melhor aquilatar o conjunto probatório.

Passo ao voto.

Em que pesem os judiciosos argumentos trazidos a lume pelo e. Relator em seu voto, peço vênia para divergir do seu posicionamento, pois entendo que o caso é de denegação da ordem.

Dispõe o art. 171, § 3º, do Código Penal:

Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

(...)

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.”

O art. 40 da Lei nº 8.313/91 (Lei Rouanet), por sua vez, estabelece que:

“Art. 40. Constitui crime, punível com reclusão de dois a seis meses e multa de vinte por cento do valor do projeto, obter redução do imposto de renda utilizando-se fraudulentamente de qualquer benefício desta Lei.

§ 1º. No caso de pessoa jurídica respondem pelo crime o acionista controlador e os administradores que para ele tenham concorrido.

§ 2º. Na mesma pena incorre aquele que, recebendo recursos, bens ou valores em função desta Lei, deixa de promover, sem justa causa, atividade cultural objeto do incentivo”.

Como se nota, no delito previsto no art. 40 da Lei nº 8.313/1991, o bem jurídico violado é a arrecadação de tributos, na medida em que se busca suprimir imposto de renda mediante a obtenção do benefício de forma fraudulenta. O objetivo da conduta é obter a redução do tributo e o meio utilizado para alcançá-lo é a obtenção do benefício mediante fraude.

De outro lado, o crime de estelionato é mais amplo e abarca a conduta daquele que obtém para si ou para terceiro qualquer vantagem em prejuízo alheio, induzindo alguém em erro mediante fraude.

Restou apurado que a empresa INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA. aportou recursos públicos (i) no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a pretexto da realização do projeto cultural PRONAC 073786 – “Perfil dos Tempos”, consistente na edição de livro representativo do Leste Paulista, por meio de biografias de seus habitantes desde o século XVI até a atualidade, confeccionado em forma de fascículos colecionáveis; (ii) no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para realização do projeto cultural PRONAC 081715, intitulado “Música Instrumental pelo Brasil”, que objetivava a divulgação da música instrumental brasileira em shows itinerantes por várias cidades, com apresentações de orquestra sob a regência do maestro Júlio Medaglia; e (iii) no valor de 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) para a concretização do projeto cultural PRONAC 092709, denominado “Estrelas da Música Instrumental Brasileira”, destinado a apresentações gratuitas de orquestra sinfônica sob a regência do maestro Júlio Medaglia, com acompanhamento de intérprete da Música Popular Brasileira.

Contudo, verificou-se que os recursos aportados nesses projetos foram utilizados para a realização do espetáculo musical “Orquestra Sinfônica Arte Viva”, com regência do Maestro Amilson Godoy e com o compositor e cantor Toquinho, para 800 espectadores, no espaço HSBC – Brasil, em 29 de agosto de 2010, evento corporativo e em benefício exclusivo da INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA.

Identificou-se que a paciente MARICI FORONI participou das negociações e assinou os contratos de patrocínio supramencionados na condição de responsável pelo setor de marketing da empresa INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA.

Cabe ressaltar as irregularidades supostamente referentes à Indústria Gráfica Foroni Ltda., totalizaram a quantia de R\$270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), à época.

A denúncia foi recebida em 22.02.2019 pelo magistrado da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo (ID 92213455).

DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 40, INCISO I, DA LEI Nº 8.313/1991 (LEI ROUANET).

A magistrada *a quo* rechaçou o pleito defensivo de desclassificação da conduta tipificada no art. 171, § 3º, do Código Penal para aquela prevista no art. 40 da Lei nº 8.313/1991 (Lei Rouanet), por entender que *a finalidade da conduta era a obtenção da contrapartida ilícita, correspondente justamente ao show, evento ou livro exclusivos para a empresa patrocinadora. Ou seja, a vantagem indevida, que consubstancia o delito de estelionato, era o show privado da festa de fim de ano da empresa, para seus clientes e funcionários, ou ainda a obtenção de livro de marketing institucional que era destinado aos seus clientes e fornecedores. A finalidade da conduta, tal como descrita na denúncia, não era a dedução do tributo. A dedução do tributo era o meio (fraudulento) empregado para a obtenção da vantagem ilícita, consistentes nas contrapartidas ilegais (shows, eventos, livros) obtidos pelas patrocinadoras....* (ID 106510433).

In casu, o departamento de marketing da empresa INDÚSTRIA GRÁFICA FORONI LTDA, teria se utilizado dos recursos, em proveito da própria empresa, como se recursos privados fossem.

Assim, a tipificação dada na denúncia vai muito além da prática de mera sonegação fiscal por parte da patrocinadora ou da inexecução total ou parcial dos projetos culturais aprovados, já que tal empresa foi, também e diretamente, beneficiada com um evento corporativo, no caso, o espetáculo musical “Orquestra Sinfônica Arte Viva”, com regência do Maestro Amilson Godoy e com o compositor e cantor Toquinho, para 800 espectadores, no espaço HSBC – Brasil, em 29 de agosto de 2010, sem qualquer custo financeiro, ou com custos parciais.

Ao se associar dolosa e criminalmente aos membros do Grupo Bellini Cultural, a patrocinadora, por meio da paciente, que seria a responsável legal à época, teria transformado um projeto originariamente cultural, num projeto corporativo, com fins unicamente promocionais, em completo desvirtuamento dos propósitos da Lei Rouanet.

Por esta razão, entende-se que o ilícito praticado consiste no estelionato contra a União, em razão do específico auferimento, pela empresa patrocinadora, de vantagens ilícitas em detrimento da execução de um projeto cultural, além de usufruir da própria isenção fiscal sem causa legítima que a justificasse.

A fraude consistiu em obter vantagem indevida sob a justificativa de realizar o incentivo à cultura, sabendo-se que tal evento não seria realizado, mas sim, o evento privado.

Diante desse contexto, conclui-se que o que se pretendia era utilizar o dinheiro destinado ao incentivo cultural para fins privados, ou seja, a elaboração de produto em caráter nitidamente promocional e personalizado, com especificações que atendiam ao interesse da empresa.

Assim, entende-se pela impossibilidade da desclassificação do delito tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal para o delito previsto no art. 40, inciso I, da Lei nº 8.313/91 (Lei Rouanet).

Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de divergir do e. Relator, a fim de *DENEGAR* a ordem de *Habeas Corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5024180-72.2020.4.03.0000

Paciente: BEATRIZ PEREIRA BORGES

Impetrantes: MILTON WAL SINIR DE LIMA, NATHALY FERNANDA DE LIMA

Impetrada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BAURU/SP - 2ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 28/09/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES DOS ARTIGOS 171, § 3º, e 288, AMBOS DO CP. FRAUDE. AUXÍLIO EMERGENCIAL. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. NÃO CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

- Segundo consta, no dia 11.08.2020, policiais militares realizaram uma operação policial em uma chácara no município de Lençóis Paulista/SP. Primeiramente, a equipe teria abordado um veículo S10, que estaria a 20 metros da chácara, ocupado por BRUNO APARECIDO DE OLIVEIRA e WESLEY DOS SANTOS CARVALHO, os quais teriam informado aos policiais que estariam passando alguns dias na chácara, anuindo com a entrada dos policiais ao local. Ao adentrar a chácara, os policiais teriam encontrado 6 (seis) pessoas, sendo 5 (cinco) do sexo masculino e 1 (uma) do sexo feminino, todas operando computadores, estando 3 (três) na cozinha: JONATHAN APARECIDO DE OLIVEIRA, FLAVIO ADAUTO PORTELA DE BARROS e PAULO HENRIQUE ARAÚJO VITAL, na parte central, BRUNO MARIANO BAGGIO e 2 (duas) no canto externo da área de lazer (GABRIELA RIBEIRO DE ALMEIDA e ANDERSON PORTELLA DE BARROS AZEVEDO). No local teriam sido encontrados centenas de chips de telefone celular, R\$ 60.831,00 (sessenta mil e oitocentos e trinta e um reais) em dinheiro, dezenas de folhas de cheques preenchidos, cuja soma seria de R\$ 26.930,00 (vinte e seis mil e novecentos e trinta centavos), em nome de FLAVIO ADAUTO PORTELA DE BARROS e WANDERLEY APARECIDO CRAVEIRO, além de 19 (dezenove) cartões magnéticos de Banco, em nome de terceiros e 27 (vinte e sete) telefones celulares.

- Consta ainda que as seis pessoas encontradas no interior da chácara e mais as duas pessoas da S10 teriam sido entrevistadas e afirmado que aqueles computadores eram utilizados para praticarem dois tipos de golpes. O primeiro tipo seria o golpe de compra e venda de produtos pela internet e, o segundo, o uso de um programa de computador que fazia buscas das pessoas que fariam jus ao recebimento do programa do governo Auxílio Emergencial. Neste último tipo de golpe, faziam todos os trâmites pelo computador e recebiam o dinheiro por saque nos caixas eletrônicos. FLAVIO ADAUTO PORTELA DE BARROS teria dito que tinha R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em sua conta proveniente de golpe e que já havia sacado mais de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) até a data dos fatos.

- As viaturas foram colocadas dentro da chácara, não sendo avistadas pelo lado de fora. Após um tempo da entrada dos policiais, teria chegado um automóvel Fiesta, trazendo em seu interior, a paciente, BEATRIZ PEREIRA BORGES, e ARIADNE CRISTINA SAMPAIO RIBEIRO, as quais teriam dito que saíram da chácara para buscar pertences de alguns dos detidos, recebiam depósitos em dinheiro e teriam movimentado parte do dinheiro dos golpes. Teriam afirmado, ainda, que faziam programas sexuais para o divertimento dos demais membros do grupo. Nesse contexto, foi decretada a prisão em flagrante da paciente e dos demais investigados (com exceção de Gabriela Ribeiro de Almeida), pela suposta prática dos delitos capitulados nos artigos 171, §3º, e 288, ambos do Código Penal.
- A audiência de custódia foi dispensada, nos termos do artigo 8º da Recomendação CNJ 62/2020.
- A autoridade impetrada homologou a prisão em flagrante da paciente e converteu-a em preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública.
- Nos termos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, com a alteração trazida pela Lei nº 13.964, de 24.12.2019, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.
- A custódia cautelar revelou-se necessária com base em dados concretos coletados, não se tratando de meras ilações acerca da gravidade abstrata do ocorrido.
- Há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, como se verifica do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Apresentação e Apreensão e das demais peças do inquérito policial.
- Consta que foram apreendidos R\$ 60.831,00 (sessenta mil, oitocentos e trinta e um reais) em espécie, 26 (vinte e seis) telefones celulares, 980 (novecentos e oitenta) chip's telefônicos, 24 (vinte e quatro) cartões bancários de contas correntes, folhas de cheques e extratos bancários de terceiros e, ainda, aguardariam, na chácara onde ocorreram as prisões, retirada e perícia de diversos computadores, os quais seriam operados pelos investigados quando da chegada da Polícia Militar.
- Extraí-se, ainda, dos depoimentos do condutor e da segunda testemunha que (...) *ao adentrarem na chácara foram localizadas 6 pessoas, 5 do sexo masculino e uma do sexo feminino, todas operando computadores, estando 3 pessoas na cozinha (JO-NATHAN APARECIDO DE OLIVEIRA, FLÁVIO ADALTO PORTELA DE BARROS e PAULO HENRIQUE ARAÚJO VITAL). 1 na parte central da área de lazer (BRUNO MARIANO BAGGIO) e 2 no canto esquerdo da área de lazer (GABRIELA RIBEIRO DE ALMEIDA e ANDERSON PORTELA DE BARROS AZEVEDO); QUE nas telas dos computadores apareciam nomes de centenas de pessoas, com CPF, telefone, email e dados pessoais; (...) QUE as 6 pessoas encontradas no interior da chácara e mais as 2 pessoas da S-10 foram entrevistadas e afirmaram que aqueles computadores eram utilizados para praticarem 2 tipos de golpes; o primeiro tipo de golpe era de compra e venda de produtos pela internet e o segundo era o uso de um programa de computador na máquina que fazia busca de pessoas que faziam jus ao recebimento do programa do governo de Auxílio-Emergencial, sendo que neste último tipo de golpe, faziam todos os trâmites por computador e recebiam dinheiro por saque nos caixas eletrônicos (...) QUE o FLÁVIO ADALTO PORTELA DE BARROS falou que*

tinha atualmente aproximadamente R\$ 30.000,00 em sua conta, proveniente de golpes e que já havia sacado mais de R\$ 15.000,00(...) BEATRIZ PEREIRA BORGES e ARIADNE CRISTINA SAMPAIO RIBEIRO, que entrevistadas, informaram que haviam saído da chácara para buscar pertences de alguns dos detidos e informaram que recebiam depósitos e movimentavam parte do dinheiro dos golpes, afirmando também que faziam programas sexuais, sendo acompanhantes de luxo para divertimento dos demais membros da quadrilha (...); QUE o JONATHAN APARECIDO DE OLIVEIRA confessou que era o chefe do grupo, explicando que era quem tinha mais entendimento da parte de informática e que coordenava as ações dos outros membros do grupo (...).

- No tocante ao *periculum libertatis*, verifica-se a necessidade de se assegurar a ordem pública, haja vista a periculosidade evidente da organização criminosa. Como bem salientou o MM. Juízo *a quo*: “Há evidências de que os investigados, mediante divisão estruturada de tarefas, praticaram múltiplos crimes de estelionato. Deveras: somente o dinheiro em espécie implicaria a execução de uma centena de fraudes envolvendo auxílios emergenciais. A existência de quase um milhão de chip’s telefônicos indica que os investigados executavam grande volume de ações criminosas. E tal se apresenta sem que, ainda, tenha a autoridade policial examinado, mediante perícia, os equipamentos apreendidos. Há de se notar que a chácara fora alugada, ao que parece, com o propósito específico de os investigados, em associação, cometerem crimes. Vislumbra-se, portanto, verdadeira organização criminosa, voltada à prática de crimes de estelionato, que lesariam, reforçe-se, o patrimônio público destinado a mitigar os severos efeitos da atual emergência de saúde pública. Na letra da Lei n. 12.850/13, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Denote-se que os nove custodiados foram detidos na chácara em que executada a ação delituosa, tendo as investigadas Beatriz e Ariadne, inclusive, confessado que seus celulares seriam utilizados pelos demais, para a prática ilícita. Ambas reconheceram que estavam no local desde o dia 02 de agosto, com o que, para o presente momento, não há como se aceitar que desconhecassem o cometimento reiterado dos crimes. Denote-se que os policiais narraram que, na chegada, bastou olhar para os computadores para se divisar centenas de nomes de pessoas, com CPF’s, email-s e outros dados pessoais”.

- A paciente, BEATRIZ PEREIRA BORGES, juntamente com Ariadne Cristina Sampaio, também investigada, quando entrevistadas, teriam informado que recebiam depósitos e movimentavam parte do dinheiro dos golpes. Desse modo, diante da situação que se apresenta, qual seja, locação de imóvel (chácara), onde se encontravam nove indivíduos reunidos, desde o início do mês de agosto, com provável propósito específico de, em associação, desenvolverem atividades mediante divisão estruturada de tarefas, com a finalidade de praticarem múltiplos crimes de estelionato, constitui fundamento suficiente à manutenção da constrição cautelar.

- Trata-se de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, restando configurada a hipótese autorizativa do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

- Verifica-se que a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal seriam ineficazes, eis que insuficientes e inadequadas, a teor do preconizado pelo artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.
- Eventuais condições subjetivas favoráveis, por si só, não afastam a possibilidade da prisão cautelar, pois demonstrada sua necessidade no caso concreto (Cf. STF, HC 171377 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019 e STJ, HC 540.907/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019).
- O *decisum* impugnado está devidamente fundamentado, em observância nos artigos 5º, inciso LXI, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, estando alicerçado em elementos concretos, os quais demonstram a necessidade de decretação da prisão preventiva nos termos do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, cumprindo o escopo inserto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.
- Não há decisão originária relativa ao Acordo de Não Persecução Penal-ANPP, de modo que não se mostra possível o conhecimento da impetração neste ponto.
- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por Milton Walsinir de Lima e Nathaly Fernanda de Lima em favor de BEATRIZ PEREIRA BORGES, contra decisão imputada ao MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Bauru/SP (Dr. Marcelo Freiburger Zandavali), que homologou a prisão em flagrante da paciente e converteu-a em preventiva, nos autos da ação penal nº 5002004-11.2020.4.03.6108.

Em suas razões alega, em síntese: a) que a paciente foi presa em flagrante no dia 11.08.2020, pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 171, § 3º, e 288, ambos do Código Penal; b) ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal; c) a paciente é primária, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, com registro em CTPS; d) a paciente preenche os requisitos para o Acordo de Não Persecução Penal-ANPP. Requer, a revogação da prisão preventiva com a expedição do Alvará de Soltura Clausulado em favor da paciente, ou, subsidiariamente, a substituição por medidas cautelares. No mérito, a confirmação da medida, de modo a tornar definitiva a liminar requerida.

A inicial veio acompanhada de documentos digitalizados (ID140695893, ID140695896, ID140695897, ID140695899, ID140695900, ID140695901 e ID140695904).

A liminar foi indeferida (ID140978440).

As informações foram prestadas pela autoridade impetrada (ID140978440).

Oficiando nesta instância, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (ID141117967).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

A ação de *Habeas Corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e artigo 647 do Código de Processo Penal.

Sob essa ótica, cumpre analisar a presente impetração.

Segundo consta, no dia 11.08.2020, policiais militares realizaram uma operação policial em uma chácara no município de Lençóis Paulista/SP. Primeiramente, a equipe teria abordado um veículo S10, que estaria a 20 metros da chácara, ocupado por BRUNO APARECIDO DE OLIVEIRA e WESLEY DOS SANTOS CARVALHO, os quais teriam informado aos policiais que estariam passando alguns dias na chácara, anuindo com a entrada dos policiais ao local. Ao adentrar a chácara, os policiais teriam encontrado 6 (seis) pessoas, sendo 5 (cinco) do sexo masculino e 1 (uma) do sexo feminino, todas operando computadores, estando 3 (três) na cozinha: JONATHAN APARECIDO DE OLIVEIRA, FLAVIO ADAUTO PORTELA DE BARROS e PAULO HENRIQUE ARAÚJO VITAL, na parte central, BRUNO MARIANO BAGGIO e 2 (duas) no canto externo da área de lazer (GABRIELA RIBEIRO DE ALMEIDA e ANDERSON PORTELLA DE BARROS AZEVEDO). No local teriam sido encontrados centenas de chips de telefone celular, R\$ 60.831,00 (sessenta mil e oitocentos e trinta e um reais) em dinheiro, dezenas de folhas de cheques preenchidos, cuja soma seria de R\$ 26.930,00 (vinte e seis mil e novecentos e trinta centavos), em nome de FLAVIO ADAUTO PORTELA DE BARROS e WANDERLEY APARECIDO CRAVEIRO, além de 19 (dezenove) cartões magnéticos de Banco, em nome de terceiros e 27 (vinte e sete) telefones celulares.

Consta ainda que as seis pessoas encontradas no interior da chácara e mais as duas pessoas da S10 teriam sido entrevistadas e afirmado que aqueles computadores eram utilizados para praticarem dois tipos de golpes. O primeiro tipo seria o golpe de compra e venda de produtos pela internet e, o segundo, o uso de um programa de computador que fazia buscas das pessoas que fariam jus ao recebimento do programa do governo Auxílio Emergencial. Neste último tipo de golpe, faziam todos os tramites pelo computador e recebiam o dinheiro por saque nos caixas eletrônicos. FLAVIO ADAUTO PORTELA DE BARROS teria dito que tinha R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em sua conta proveniente de golpe e que já havia sacado mais de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) até a data dos fatos.

As viaturas foram colocadas dentro da chácara, não sendo avistadas pelo lado de fora. Após um tempo da entrada dos policiais, teria chegado um automóvel Fiesta, trazendo em seu interior, a paciente, BEATRIZ PEREIRA BORGES, e ARIADNE CRISTINA SAMPAIO RIBEIRO, as quais teriam dito que saíram da chácara para buscar pertences de alguns dos detidos, recebiam depósitos em dinheiro e teriam movimentado parte do dinheiro dos golpes. Teriam

afirmado, ainda, que faziam programas sexuais para o divertimento dos demais membros do grupo. Nesse contexto, foi decretada a prisão em flagrante da paciente e dos demais investigados (com exceção de Gabriela Ribeiro de Almeida), pela suposta prática dos delitos capitulados nos artigos 171, §3º, e 288, ambos do Código Penal.

A audiência de custódia foi dispensada, nos termos do artigo 8º da Recomendação CNJ 62/2020 (ID140695904-pág. 336).

A autoridade impetrada homologou a prisão em flagrante da paciente e converteu-a em preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública (ID140695904-págs. 184/191), cumprindo destacar:

(...) Do relatório, é dado concluir estar o flagrante em ordem, pois resguardadas as garantias constitucionais e legais dos investigados. Denote-se que há suficiente prova material dos pretensos delitos: *foram apreendidos R\$ 60.831,00, em espécie, 26 (vinte e seis) telefones celulares, 980 (novecentos e oitenta) chip's telefônicos, 24 (vinte e quatro) cartões bancários de contas correntes, folhas de cheques e extratos bancários de terceiros. Na chácara, onde ocorridas as prisões, aguardam retirada e perícia diversos computadores, os quais eram operados pelos investigados, quando da chegada da Polícia Militar. Dos depoimentos do condutor e da segunda testemunha - os quais, até o momento, não padecem de qualquer vício que lhes retire a credibilidade - colhe-se a informação de que os custodiados se valiam dos equipamentos de informática para a prática de crimes de estelionato contra particulares, e também em face da União/CEF, mediante a fraude no recebimento de auxílios emergenciais.* Nenhuma ilicitude decorre de a abordagem ter decorrido de denúncia anônima. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. 1. O “Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que é possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial” (ARE 1.112.656, Rel. Min. Luiz Fux). Precedente. [...] (ARE 1120771 AgR-segundo, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 05/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 05-11-2018 PUBLIC 06-11-2018) Frise-se que a autorização dada para a entrada dos policiais na chácara não foi contestada, nos autos. Homologo, portanto, as prisões em flagrante. Passo a analisar a necessidade de manutenção da custódia cautelar. Dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Artigo 9º [...] 3. Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. Sob o prisma constitucional brasileiro, estabeleceu-se a garantia de liberdade, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança, e a restrição da decretação da prisão às hipóteses de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. A prisão preventiva, portanto, é medida excepcional, como exigem as normas internacionais e constitucionais, sobre a questão. No caso presente, o MPF alega risco à ordem pública, diante de potencial reiteração delitiva. Tenho que, no presente momento, as prisões se fazem necessárias. *Há evidências de que os investigados, mediante divisão estruturada de tarefas, praticaram múltiplos crimes de estelionato. Deveras: somente o dinheiro em espécie implicaria a execução de uma cen-*

*tena de fraudes envolvendo auxílios emergenciais. A existência de quase um milhar de chip's telefônicos indica que os investigados executavam grande volume de ações criminosas. E tal se apresenta sem que, ainda, tenha a autoridade policial examinado, mediante perícia, os equipamentos apreendidos. Há de se notar que a chácara fora alugada, ao que parece, com o propósito específico de os investigados, em associação, cometerem crimes. Vislumbra-se, portanto, verdadeira organização criminosa, voltada à prática de crimes de estelionato, que lesariam, reforce-se, o patrimônio público destinado a mitigar os severos efeitos da atual emergência de saúde pública. Na letra da Lei n. 12.850/13, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Denote-se que os nove custodiados foram detidos na chácara em que executada a ação delituosa, tendo as investigadas Beatriz e Ariadne, inclusive, confessado que seus celulares seriam utilizados pelos demais, para a prática ilícita. Ambas reconheceram que estavam no local desde o dia 02 de agosto, com o que, para o presente momento, não há como se aceitar que desconhecassem o cometimento reiterado dos crimes. Denote-se que os policiais narraram que, na chegada, bastou olhar para os computadores para se divisar centenas de nomes de pessoas, com CPF's, email-s e outros dados pessoais. Quanto aos demais, frise-se que o condutor e a segunda testemunha narraram que ao adentrarem na chácara, foram localizadas 6 pessoas, 5 do sexo masculino e uma do sexo feminino, todas operando computadores. A execução em massa, de modo profissional e estruturado, por nove pessoas, de crimes com pena máxima superior aos quatro anos, leva à conclusão de que, postos em liberdade, os investigados não encontrarão empecos (sic) para voltar a delinquir. A tal quadro, soma-se a circunstância de nenhum dos investigados - nem mesmo Beatriz - ter demonstrado ocupação lícita. Há notícia, ademais, de que Bruno Mariano Baggio e Wesley dos Santos Carvalho sejam reincidentes. Em hipótese similar, decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela necessidade da decretação da prisão preventiva: **HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ESTELIONATO E RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GRAVIDADE E QUANTIDADE DOS DELITOS. MODUS OPERANDI. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO GRUPO CRIMINOSO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NÃO CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.** 1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. A custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP. 3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, tendo sido demonstradas, com base em elementos concretos dos autos, a periculosidade do paciente e a gravidade dos delitos, substanciadas nos fortes indícios de que integraria articulada organização criminosa especializada na consecução de fraudes contra instituições financeiras e de repasse de cheques sem fundos ao comér-*

cio da região. Tais circunstâncias seriam agravadas pela numerosa quantidade de vezes em que os delitos teriam sido praticados, demonstrando concreto risco ao meio social e evidente necessidade de dismantelar a atuação do grupo criminoso. 4. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública. 6. Interpretando o art. 318, VI, do CPP, inserido ao diploma legal com o advento da Lei 13.257/20016, esta Corte Superior firmou entendimento segundo o qual a prisão domiciliar no caso do homem com filho de até 12 anos incompletos, não possui caráter absoluto ou automático, podendo o Magistrado conceder ou não o benefício, após a análise, no caso concreto, da sua adequação. No caso dos autos, conforme já explicitado, a prisão preventiva foi decretada de forma adequada e baseada em fatos concretos aptos a justificar a medida mais gravosa, para resguardar a ordem pública, não tendo, ainda, ficado demonstrado que o paciente seria o único responsável pelos cuidados das crianças, não havendo falar em prisão domiciliar no caso. 7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC - *HABEAS CORPUS* - 488138 2019.00.01891-0, JOEL ILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/05/2019 ..DTPB:.). *O risco à ordem pública, no caso, impede que se imponham medidas cautelares diversas da prisão.* Pelo mesmo motivo, não há como se evitar, no momento, a segregação, a despeito dos riscos de contaminação pelo coronavírus. *Observe, no ponto, que os investigados não se mantinham em quarentena: em tese, estavam reunidos, em um mesmo local, para a prática de crimes. Não há, por fim, prova de que se enquadrem em algum dos grupos de risco da doença.* *Dispositivo Diante do exposto, constatado o risco à ordem pública, converto as prisões em flagrante em prisões preventivas, expedindo-se, oportunamente, os respectivos mandados.* Dê-se ciência às defesas, ao MPF e à autoridade policial. Conforme se extrai da declaração do condutor e da segunda testemunha, Gabriela Ribeiro de Almeida, quando da chegada da Polícia Militar, estava operando um dos computadores (ID's 36838208, p. 4, e 36838208, pp. 6/7). Por tal razão, foi conduzida à Delegacia de Polícia Federal, haja vista a voz de prisão ter sido dada aos 10 envolvidos (ID n.º 36838208, p. 5, ID n.º 36838208, p. 8). Todavia, sem qualquer justificativa formal, Gabriela foi posta em liberdade. Assim, e na forma do requerido pelo MPF, deve o responsável pela lavratura do flagrante esclarecer o ocorrido. (...) g.n.

Nos termos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, com a alteração trazida pela Lei nº 13.964, de 24.12.2019, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

A decisão que manteve a prisão cautelar da paciente assentada nos fundamentos acima expostos não padece de qualquer ilegalidade, fundada que se encontra nos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Como se observa, a custódia cautelar revelou-se necessária com base em dados concretos coletados, não se tratando de meras ilações acerca da gravidade abstrata do ocorrido.

In casu, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* restaram comprovados.

Há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, como se verifica do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Apresentação e Apreensão e das demais peças do inquérito policial (ID140695604).

Consta que foram apreendidos R\$ 60.831,00 (sessenta mil, oitocentos e trinta e um reais) em espécie, 26 (vinte e seis) telefones celulares, 980 (novecentos e oitenta) chip's telefônicos, 24 (vinte e quatro) cartões bancários de contas correntes, folhas de cheques e extratos bancários de terceiros e, ainda, aguardariam, na chácara onde ocorreram as prisões, retirada e perícia de diversos computadores, os quais seriam operados pelos investigados quando da chegada da Polícia Militar.

Extraí-se, ainda, dos depoimentos do condutor e da segunda testemunha que (...) *ao adentrarem na chácara foram localizadas 6 pessoas, 5 do sexo masculino e uma do sexo feminino, todas operando computadores, estando 3 pessoas na cozinha (JONATHAN APARECIDO DE OLIVEIRA, FLÁVIO ADALTO PORTELA DE BARROS e PAULO HENRIQUE ARAÚJO VITAL), 1 na parte central da área de lazer (BRUNO MARIANO BAGGIO) e 2 no canto esquerdo da área de lazer (GABRIELA RIBEIRO DE ALMEIDA e ANDERSON PORTELA DE BARROS AZEVEDO); QUE nas telas dos computadores apareciam nomes de centenas de pessoas, com CPF, telefone, email e dados pessoais; (...) QUE as 6 pessoas encontradas no interior da chácara e mais as 2 pessoas da S-10 foram entrevistadas e afirmaram que aqueles computadores eram utilizados para praticarem 2 tipos de golpes; o primeiro tipo de golpe era de compra e venda de produtos pela internet e o segundo era o uso de um programa de computador na máquina que fazia busca de pessoas que faziam jus ao recebimento do programa do governo de Auxílio-Emergencial, sendo que neste último tipo de golpe, faziam todos os trâmites por computador e recebiam dinheiro por saque nos caixas eletrônicos (...) QUE o FLÁVIO ADALTO PORTELA DE BARROS falou que tinha atualmente aproximadamente R\$30.000,00 em sua conta, proveniente de golpes e que já havia sacado mais de R\$15.000,00(...) BEATRIZ PEREIRA BORGES e ARIADNE CRISTINA SAMPAIO RIBEIRO, que entrevistadas, informaram que haviam saído da chácara para buscar pertences de alguns dos detidos e informaram que recebiam depósitos e movimentavam parte do dinheiro dos golpes, afirmando também que faziam programas sexuais, sendo acompanhantes de luxo para divertimento dos demais membros da quadrilha (...); QUE o JONATHAN APARECIDO DE OLIVEIRA confessou que era o chefe do grupo, explicando que era quem tinha mais entendimento da parte de informática e que coordenava as ações dos outros membros do grupo (...).*

No tocante ao *periculum libertatis*, verifica-se a necessidade de se assegurar a ordem pública, haja vista a periculosidade evidente da organização criminosa.

Como bem salientou o MM. Juízo *a quo*: “Há evidências de que os investigados, mediante divisão estruturada de tarefas, praticaram múltiplos crimes de estelionato. Deveras: somente o dinheiro em espécie implicaria a execução de uma centena de fraudes envolvendo auxílios emergenciais. A existência de quase um milhão de chip's telefônicos indica que os investigados executavam grande volume de ações criminosas. E tal se apresenta sem que, ainda, tenha a autoridade policial examinado, mediante perícia, os equipamentos apreendidos. Há de se notar que a chácara fora alugada, ao que parece, com o propósito específico de os investigados, em associação, cometerem crimes. Vislumbra-se, portanto, verdadeira organização criminosa, voltada à prática de crimes de estelionato, que lesariam, reforçe-se, o patrimônio público destinado a mitigar os severos efeitos da atual emergência de saúde pública. Na letra da Lei n. 12.850/13, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Denote-se que os nove custodiados foram detidos na chácara em que executada a ação delituosa, tendo as investigadas Beatriz e Ariadne, inclusive, confessado

que seus celulares seriam utilizados pelos demais, para a prática ilícita. Ambas reconheceram que estavam no local desde o dia 02 de agosto, com o que, para o presente momento, não há como se aceitar que desconhecem o cometimento reiterado dos crimes. Denote-se que os policiais narraram que, na chegada, bastou olhar para os computadores para se divisar centenas de nomes de pessoas, com CPF's, email-s e outros dados pessoais".

Ademais, a paciente, BEATRIZ PEREIRA BORGES, juntamente com Ariadne Cristina Sampaio, também investigada, quando entrevistadas, teriam informado que recebiam depósitos e movimentavam parte do dinheiro dos golpes.

Desse modo, diante da situação que se apresenta, qual seja, locação de imóvel (chácara), onde se encontravam nove indivíduos reunidos, desde o início do mês de agosto, com provável propósito específico de, em associação, desenvolverem atividades mediante divisão estruturada de tarefas, com a finalidade de praticarem múltiplos crimes de estelionato, constitui fundamento suficiente à manutenção da constrição cautelar.

Ademais, trata-se de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, restando configurada a hipótese autorizativa do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Pelas mesmas razões acima expostas, verifica-se que a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal seriam ineficazes, eis que insuficientes e inadequadas, a teor do preconizado pelo artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Saliente-se, ainda, que, segundo entendimento das Cortes Superiores, eventuais condições subjetivas favoráveis, por si só, não afastam a possibilidade da prisão cautelar, pois demonstrada sua necessidade no caso concreto (Cf. STF, HC 171377 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019 e STJ, HC 540.907/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019).

Verifica-se, por fim, que o *decisum* impugnado está devidamente fundamentado, em observância nos artigos 5º, inciso LXI, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, estando alicerçado em elementos concretos, os quais demonstram a necessidade de decretação da prisão preventiva nos termos do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, cumprindo o escopo inserto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

No mais, não há decisão originária relativa ao Acordo de Não Persecução Penal-ANPP, de modo que não se mostra possível o conhecimento da impetração neste ponto.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS*.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL

5004284-58.2019.4.03.6182

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/10/2020

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMÓVEL DO INSS. PRESCRIÇÃO DO IPTU DO EXERCÍCIO DE 2013. OCORRÊNCIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. CONFIGURAÇÃO.

- No caso, o débito relativo ao anos de 2013. Considerado o decurso do quinquênio entre vencimento dos tributos e o despacho que ordenou a citação (artigo 174, inciso I, do CTN), interruptivo do prazo extintivo, ocorrido em 19.02.2019, sem a verificação de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição, é de rigor o seu reconhecimento.

- O texto constitucional estendeu às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público a imunidade destinada aos entes a que estão vinculadas (art. 150, inciso VI, letra “a”, §§ 2º e 3º, da CF). Precedentes do STF.

- Quanto à vinculação do imóvel objeto da cobrança de IPTU às finalidades essenciais do Instituto Nacional de Seguridade Social, entendo que a vinculação à finalidade social de todo seu patrimônio decorre de lei, porquanto constitui receita para o custeio da seguridade social, a teor do artigo 27 da Lei nº 8.212/91.

- Os bens imóveis pertencentes ao INSS estão legalmente vinculados à finalidade da autarquia, especificamente ao pagamento dos benefícios previdenciários do regime geral. Assim, desnecessária a comprovação, caso a caso, de que os imóveis não utilizados na operacionalização do Instituto são vinculados às suas finalidades essenciais. Precedentes do STJ e desta corte regional.

- Incide quanto ao imóvel descrito nas CDA a limitação ao poder de tributar do Município de São Paulo, impeditivo da cobrança de IPTU sobre a propriedade em questão.

- Os demais artigos suscitados pela municipalidade, quais sejam, os artigos 142, parágrafo único, 9º, inciso IV, alínea “a”, do Código Tributário Nacional e 3º da Lei n.º 6.830/80, não têm condão de alterar esse entendimento pelos motivos já apontados.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Apelação do *Município de São Paulo* contra sentença que, em sede de embargos à execução fiscal, reconheceu a prescrição do IPTU do exercício de 2013, julgou-os procedentes e declarou extinto o processo e a execução fiscal n.º 5003219-28.2019.4.03.6182. Condenou a embargada ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixou em R\$ 591,44, em razão de a base de cálculo ser o valor indicado na inicial (R\$ 5.914,42) e aplicou os percentuais mínimos indicados no § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil. (ID. 98320024).

Aduz a municipalidade, ID. 98320027, que:

a) nos moldes do artigo 240, § 1º, do Código de Processo Civil, a interrupção da prescrição retroagiu à data da propositura da ação, sem qualquer desídia por parte da recorrente, no que concerne ao IPTU do exercício de 2013;

b) de acordo com os artigos 150, inciso VI, alínea a e § 2º, da Constituição e 9º, inciso IV, alínea a, do Código Tributário Nacional, a imunidade concedida às autarquias alcança os impostos incidentes sobre o patrimônio, renda e serviços vinculados às finalidades essenciais das entidades. Da leitura destes dispositivos se verifica que a CF estabeleceu que é condicionada;

c) decidiu o magistrado de primeiro grau que a imunidade teria natureza incondicionada, uma vez que caberia ao município provar a realização, por parte do INSS, de atividade incompatível com a regra imunizante;

d) a mera condição de autarquia não é suficiente para conferir imunidade, dado que não se pode presumir que todos os seus bens são voltados a seus objetivos essenciais, de modo que tal situação poderia ter sido informada à municipalidade;

e) não pode o Poder Judiciário conceder imunidade sem prévia manifestação da autoridade administrativa, eis que cumpria ao devedor pleiteá-la;

f) o procedimento do lançamento é de caráter vinculado e obrigatório (artigo 142, parágrafo único, do CTN) e foi realizado em estrita observância dos requisitos legais, sem qualquer constatação de imunidade. Ademais, na forma do artigo 3º da Lei n.º 6.830/80, a dívida goza de presunção de certeza e liquidez.

Requer o provimento ao recurso para reformar a sentença e reconhecer devido o tributo cobrado, bem como seja invertida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Em contrarrazões (ID. 98320029), o INSS requer o desprovimento do recurso.

ID. 123618552, decisão que recebeu a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

I - Da prescrição do IPTU do exercício de 2013

Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o marco inicial da prescrição, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, como é o caso do IPTU e das taxas que o acompanham é a data do seu vencimento. Nesse sentido é o entendimento do STJ: EDcl no AREsp 44530/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 20.03.2012,

DJe 28.03.2012 e AgRg no Ag 1310091/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 02.09.2010, DJe 24.09.2010.

No caso, o débito é relativo ao ano de 2013. Considerado o decurso do quinquênio entre vencimento dos tributos e o despacho que ordenou a citação (artigo 174, inciso I, do CTN), interruptivo do prazo extintivo, ocorrido em 19.02.2019, sem a verificação de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição, é de rigor o seu reconhecimento.

II - Da imunidade tributária recíproca

A expressão imunidade tributária identifica as normas constitucionais determinantes da inexistência de competência dos entes políticos para a instituição de tributos.

Apresentam-se as normas de imunidade no contexto da atribuição, pelo constituinte, da capacidade tributária ativa às pessoas jurídicas - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - excepcionando-a, sempre em virtude de um propósito maior, como aponta Roque Antônio Carrazza: “As regras de imunidade, forjadas pelo constituinte, em nome do povo brasileiro, objetivam preservar valores políticos, religiosos, educacionais, sociais etc., colocando a salvo de impostos algumas pessoas” (*in* “Curso de Direito Constitucional Tributário”, Ed. Malheiros, 1997, p. 405).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 150, VI, a, acolheu, como garantia da Federação, a limitação ao poder de tributar consistente na proibição aos entes políticos de tributar o patrimônio, a renda e os serviços, uns dos outros:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.”

O texto constitucional estendeu às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público a imunidade destinada aos entes a que estão vinculadas.

A questão da imunidade dos imóveis das autarquias ao IPTU já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. AUTARQUIA ESTADUAL. IPTU. C.F., art. 150, VI, a, § 2º. I. - A imunidade tributária recíproca dos entes políticos - art. 150, VI, a - é extensiva às autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. C.F., art. 150, § 2º. II. - No caso, o imposto - IPTU - incide sobre prédio ocupado pela autarquia. Está, pois, coberto pela imunidade tributária. III. - R.E. não conhecido.” (RE n.º 203839/SP, Relator Min. Carlos Velloso, Segund

Quanto à vinculação do imóvel objeto da cobrança de IPTU às finalidades essenciais do Instituto Nacional do Seguro Social, entendo que a finalidade social de todo seu patrimônio decorre de lei, porquanto constitui receita para o custeio da seguridade social, a teor do artigo 27 da Lei nº 8.212/91.

A seguridade social visa resguardar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, *ex vi* do artigo 194 da Constituição da República. Especificamente, com objetivo de assegurar o pagamento dos benefícios concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social, a Constituição da República permite que a União constitua um fundo de bens, direitos e ativos de qualquer natureza (artigo 250). Esse fundo foi criado pela Lei Complementar 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, nos seguintes termos:

Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social.

§ 1º O Fundo será constituído de:

I - bens móveis e imóveis, valores e rendas do Instituto Nacional do Seguro Social não utilizados na operacionalização deste;

II - bens e direitos que, a qualquer título, lhe sejam adjudicados ou que lhe vierem a ser vinculados por força de lei;

III - receita das contribuições sociais para a seguridade social, previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195 da Constituição;

IV - produto da liquidação de bens e ativos de pessoa física ou jurídica em débito com a Previdência Social;

V - resultado da aplicação financeira de seus ativos;

VI - recursos provenientes do orçamento da União.

§ 2º O Fundo será gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, na forma da lei.

Vê-se que os bens imóveis pertencentes ao INSS estão legalmente vinculados à finalidade da autarquia, especificamente ao pagamento dos benefícios previdenciários do regime geral. Assim, desnecessária a comprovação, caso a caso, de que os não utilizados na operacionalização do Instituto são vinculados às suas finalidades essenciais. Nesse sentido jurisprudência dos Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. 1. A jurisprudência desta Corte tem entendido que, por força do art. 730 do CPC, é possível executar-se a Fazenda Pública por título extrajudicial. 2. A questão da imunidade tributária do IPTU de imóveis de autarquia, independe de prova quanto ao destino do bem. 3. Desnecessidade da embargante provar que se utilizava do imóvel para sua finalidade. 4. Recurso especial provido.” (RESP 304543/SP, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 02/09/2002).

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - CRQ-II IPTU - AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O IMÓVEL NÃO SE DESTINA ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA AUTARQUIA - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECONHECIDA - ÔNUS DE PROVA DO MUNICÍPIO - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. “Tratando-se de imóvel integrante do patrimônio de autarquia (DNER, posteriormente sucedido pela União), não há que se falar em incidência do IPTU, vez que se aplica o disposto no art. 150, inciso VI, “a” e § 2º, da Constituição Federal. No caso, não restou comprovado nos autos que o bem se encontra desvinculado das finalidades institucionais do referido ente público. Caberia ao Município, mesmo em sede de embargos à execução, apresentar prova de

fato impeditivo ao direito do contribuinte, através da comprovação de que o bem não se encontra vinculado às finalidades essenciais da autarquia. Tal prova, contudo, não foi produzida nos autos, o que impede o afastamento da imunidade tributária.” (AC 2003.38.00.034974-1/MG, Rel. Des. Federal. Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 p.437 de 04/12/2009). 2. Precedentes existentes no STJ nesta Corte, no sentido do ônus da prova de que o bem não está vinculado às finalidades institucionais: (AgRg no Ag 849285/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 17/05/2007 p. 213; REsp 320948/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2003, DJ 02/06/2003 p. 244; AMS 2003.38.00.048181-1/MG, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Oitava Turma, DJ p.234 de 05/10/2007; REO 2000.38.00.022022-7/MG, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ p.56 de 21/05/2003; AC 2006.33.00.016177-5/BA, Rel. Juiz Federal Convocado Osmane dos Santos, Oitava Turma, e-DJF1 p.582 de 27/02/2009; AC 1999.01.00.007513-0/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJ p.196 de 03/08/2007). 3. Apelação do embargado não provida. 4. Peças liberadas pelo Relator, em 03/09/2012, para publicação do acórdão”.(AC 200538000306705, JUIZ FEDERAL SILVIO COIMBRA MOURTHÉ, TRF1 - 6ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:05/12/2012 PAGINA:110.).

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INSS. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. VINCULAÇÃO DO IMÓVEL AOS FINS ESSENCIAIS. ÔNUS DO EXEQUENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. A imunidade tributária recíproca dos entes políticos, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, abrange também as autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes - § 2º do mesmo dispositivo constitucional. 2. Opera em favor do INSS a presunção *juris tantum* de que a sua propriedade imóvel vincula-se às suas finalidades essenciais. 3. Incumbe à exequente o ônus de demonstrar a não-vinculação do imóvel às finalidades essenciais da autarquia para afastar a imunidade tributária. 4. Precedentes dos CC. STF e STJ e dos EE. TRF- 1ª e 3ª Regiões. 5. Apelação e reexame necessário a que se nega provimento”. (TRF - 3ª Região, APELREEX 00100779620114036100, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/06/2012)

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INSS. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. RECONHECIMENTO. VINCULAÇÃO DO IMÓVEL ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA AUTARQUIA. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM. ÔNUS DA EXEQUENTE. I - Pacificada pelo Excelso Pretório a questão referente à extensão da imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República, às autarquias, conforme § 2º do mesmo dispositivo constitucional. II - Opera a favor do INSS, autarquia federal, a presunção *juris tantum* de que suas propriedades imóveis vinculam-se às suas finalidades essenciais. III - Sendo a imunidade uma vedação absoluta ao poder de tributar, o Município somente pode exercer sua competência tributária no tocante ao IPTU se comprovar que o imóvel em tela não é utilizado pela autarquia previdenciária em seus objetivos institucionais. IV - Não tendo a Embargada comprovado que houve desvio de finalidade do bem em questão, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, há que se considerar que o Embargante faz jus ao benefício da mencionada imunidade. V - Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, devidamente atualizado, nos termos da Resolução n. 134/2010, do Conselho da Justiça Federal. VI - Apelação provida.” (AC 00002277120104036126, DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/02/2012).

Destarte, incide quanto ao imóvel descrito nas CDA a limitação ao poder de tributar do Município de São Paulo, impeditivo da cobrança de IPTU sobre a propriedade em questão.

Por fim, os demais artigos suscitados pela municipalidade, quais sejam, 142, parágrafo único, 9º, inciso IV, alínea “a”, do Código Tributário Nacional e 3º da Lei n.º 6.830/80, não têm condão de alterar esse entendimento pelos motivos já apontados.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5006682-94.2019.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Agravados: LIPOQUÍMICA LTDA - EPP, CARLOS ROBERTO BASSETTI
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/10/2020

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. SOMENTE ÁQUELES QUE ESTAVAM ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA NA ÉPOCA DO FATO GERADOR E DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TEMA AFETADO. REsp nº 1.645.333-SP, 1.643.944-SP e 1.645.281-SP. SOBRESTAMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Conforme expediente aberto na Presidência desta Corte, com ofício do STJ, comunicando que a Primeira Seção afetou os Recursos Especiais nº 1.645.333-SP, 1.643.944-SP e 1.645.281-SP, selecionados por este Tribunal como representativos da controvérsia (CPC, art. 1.036), relatoria Ministra Assusete Magalhães, com base no § 5º do art. 1.036 do CPC/15 e no parágrafo único do art. 256-I do Regimento Interno do STJ, incluído pela Emenda Regimental nº 24, de 28 de setembro de 2016, para uniformizar o entendimento da matéria, que discute, dentre outros temas, o redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência, e que, concomitantemente, ou não, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida.

2. No caso *sub judice*, segundo as certidões da dívida ativa, os créditos em cobro referem-se a tributos de 12/2005 a 13/2007 e na ficha cadastral da JUCESP relativa à empresa executada, verifica-se que Carlos Roberto Bassetti passou a integrar a empresa devedora na qualidade de sócio administrador em 14/07/2009, de maneira que não estava presente à época da constituição do fato gerador (entre 2005 e 2007), figurando como sócio somente na data da dissolução irregular da sociedade (23/08/2011). Assim, o caso se amolda ao representativo em questão (Tema Repetitivo n.º 981/STJ), razão pela qual a r. decisão deve ser mantida.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) contra a decisão que deixou de apreciar pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio, em razão da suspensão da análise do tema determinado pelo E. STJ, Recurso Especial nº 1.643.944/SP.

Apresentando suas razões, pugna a União Federal pela reforma da r. decisão.

Sem apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES (Relator): Cuida-se de recurso em ação cuja matéria discute, dentre outros temas, o redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência, e que, concomitantemente, ou não, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida.

Ocorre que há expediente aberto na Presidência desta Corte, com ofício do STJ, comunicando que a Primeira Seção afetou os Recursos Especiais nº 1.645.333-SP, 1.643.944-SP e 1.645.281-SP, selecionados por este Tribunal como representativos da controvérsia (CPC, art. 1.036), relatoria Ministra Assusete Magalhães, com base no § 5º do art. 1.036 do CPC/15 e no parágrafo único do art. 256-I do Regimento Interno do STJ, incluído pela Emenda Regimental nº 24, de 28 de setembro de 2016, para uniformizar o entendimento da referida matéria, determinou a suspensão de todas as ações individuais e coletivas que tenham por objeto a discussão sobre a matéria.

Com efeito, as matérias afetadas, temas 946, 962 e 981, se referem:

Tema 946: Foi desafetado em 02/02/2016 e tem como questão a ser submetida a julgamento: Definir a identificação do sócio-gerente contra quem pode ser redirecionada a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular, isto é, se contra o responsável à época do fato gerador ou à época do encerramento ilícito das atividades empresariais.

Tema 962: “Possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gerência da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária”.

Tema 981: “À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido”.

No caso *sub judice*, segundo as certidões da dívida ativa, os créditos em cobro referem-se a tributos de 12/2005 a 13/2007 e na ficha cadastral da JUCESP relativa à empresa executada, verifica-se que Carlos Roberto Bassetti passou a integrar a empresa devedora na qualidade de sócio administrador em 14/07/2009, de maneira que não estava presente à época da constituição do fato gerador (entre 2005 e 2007), figurando como sócio somente na data da dissolução irregular da sociedade (23/08/2011).

Assim, o caso se amolda ao representativo em questão (Tema Repetitivo n.º 981/STJ), razão pela qual a r. decisão deve ser mantida.

Em aspecto semelhante, já se manifestou a E. Sexta Turma desta Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SOBRESTAMENTO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo contra decisão que determinou o sobrestamento do feito, em razão da “afetação dos processos 2015.03.00.003927-6, 2015.03.00.008232-7 e 2015.03.00.005499-0 pela vice-presidência do E. Tribunal Regional da 3ª Região sobre controvérsia de direito federal, acerca de inclusão de sócio”.

2. O Tema 946 (REsp 1.564.340/SP) foi cancelado, sendo desafetado em 02.02.2016.

3. Ademais, a hipótese destes autos difere daquelas versadas nos Recursos Especiais nº 1.377.019/SP, 1.645.333/SP, 1.643.944/SP e 1.645.281/SP (Temas 962 e 981), porquanto os sócios em questão possuíam poderes de gestão tanto à época do fato gerador quanto da presunção de dissolução irregular da empresa executada, pelo que não deve ser sobrestada a execução fiscal em questão.

4. Agravo de instrumento provido, para determinar o regular processamento da execução. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 591892 - 0021598-29.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 08/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2018).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5001071-75.2020.4.03.6128

Apelante: CMR

Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 06/10/2020

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PANDEMIA. COVID-19. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE OU POSTERGAÇÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Sustenta a impetrante a sua pretensão na Portaria nº 12/2012, do Ministério da Fazenda, quanto à prorrogação de pagamento de tributos federais em caso de reconhecimento de calamidade pública.
2. O artigo 3º da Portaria instituiu uma condição, a qual a RFB e a PGFN devem, nos limites de suas competências, expedir os atos necessários para a implementação e definir os municípios abrangidos pelo decreto estadual que tenha reconhecido o estado de calamidade pública, o que não ocorreu até o presente momento.
3. A questão *sub judice* envolve, efetivamente, uma moratória.
4. A moratória depende de lei (art. 97, c.c. o art. 151, I, ambos do CTN) e não cabe ao Poder Judiciário investir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, ultrapassando, assim, a competência estrita do Poder Legislativo.
5. Em que pese a situação sem precedentes a qual o país enfrenta por conta da pandemia do COVID-19, não cabe a intervenção do Poder Judiciário, na adoção de Políticas Públicas, em substituição dos demais Poderes, concedendo moratória tributária ou prorrogar vencimentos de tributos. Precedentes desta E. Corte.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta por C M R INDUSTRIA E COMERCIO LTDA., em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM JUNDIAÍ/SP, objetivando a concessão de segurança, para que seja garantida a aplicação do que dispõe a Portaria n. 12/2012 (Ministério da Fazenda), que dispõe sobre a prorrogação do prazo para pagamen-

to de tributos federais na hipótese de decreto estadual que tenha reconhecido calamidade pública, o que teria ocorrido no Estado de São Paulo, em virtude dos impactos decorrentes da pandemia do coronavírus.

O pedido de liminar foi indeferido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido e denegou a segurança. Descabe condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei n. 12.016/2009. Custas na forma da lei.

Em razões recursais, a impetrante sustenta, em síntese, que *“tem como objeto social a fabricação de peças de lingerie, pijamas, meias, além da prática dos atos de comércio, e a participação em outras sociedades como sócia ou acionista, e assim, esta sujeita ao recolhimento de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, assim, requereu fosse garantida a aplicação do que dispõe a Portaria n. 12/2012 (Ministério da Fazenda), que dispõe sobre a prorrogação do prazo para pagamento de tributos federais na hipótese de decreto estadual que tenha reconhecido calamidade pública, o que ocorreu no Estado de São Paulo, em virtude dos impactos decorrentes da pandemia do coronavírus.”*. Anota que nos termos da Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012, pretende protelar o recolhimento dos seus tributos para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente ao fim do estado de calamidade pública. Alega que *“inobstante a inércia do Governo Federal, é fato que encontra-se vigente desde 2012, a Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012, que permite a prorrogação do prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e suspende o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na situação que especifica, para os sujeitos passivos domiciliados em município reconhecido estado de calamidade pública.”*. Requer o provimento do apelo *“a fim de que a presente ação seja julgada de forma procedente, tendo em vista aplicar o disposto na Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012, e assim prorrogar o prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e bem como suspender o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), uma vez que a apelante encontra-se domiciliada em município abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública, nos termos do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, a exigibilidade dos respectivos créditos tributários.”*.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

Em parecer (ID 139737083), o ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não merece acolhimento a insurgência da apelante.

Sustenta a impetrante a sua pretensão na Portaria nº 12/2012, do Ministério da Fazenda, quanto à prorrogação de pagamento de tributos federais em caso de reconhecimento de calamidade pública, *in verbis*:

“Prorroga o prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e suspende o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na situação que especifica.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos II e IV do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no art. 66 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, e no art. 67 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, resolve:

Art. 1º As datas de vencimento de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), devidos pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública, ficam prorrogadas para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se ao mês da ocorrência do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública e ao mês subsequente.

§ 2º A prorrogação do prazo a que se refere o *caput* não implica direito à restituição de quantias eventualmente já recolhidas.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às datas de vencimento das parcelas de débitos objeto de parcelamento concedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pela RFB.

Art. 2º Fica suspenso, até o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente, o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da RFB e da PGFN pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios de que trata o art. 1º.

Parágrafo único. A suspensão do prazo de que trata este artigo terá como termo inicial o 1º (primeiro) dia do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública.

Art. 3º A RFB e a PGFN expedirão, nos limites de suas competências, os atos necessários para a implementação do disposto nesta Portaria, inclusive a definição dos municípios a que se refere o art. 1º.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

Verifica-se que o artigo 3º da Portaria instituiu uma condição, a qual a RFB e a PGFN devem, nos limites de suas competências, expedir os atos necessários para a implementação e definir os municípios abrangidos pelo decreto estadual que tenha reconhecido o estado de calamidade pública, o que não ocorreu até o presente momento.

Com efeito, a questão *sub judice* envolve, efetivamente, uma moratória.

A moratória depende de lei (art. 97, c.c. o art. 151, I, ambos do CTN) e não cabe ao Poder Judiciário investir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, ultrapassando, assim, a competência estrita do Poder Legislativo.

Frise-se que a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento “no sentido de ser inviável ao Poder Judiciário, como base no princípio da isonomia, estender tratamento diferenciado a destinatários não contemplados na legislação aplicável, sob pena de atuar na condição de legislador positivo.” (in, ARE 1190716 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 28-11-2019 PUBLIC 29-11-2019)

E, ainda, a e. Ministra Rosa Weber já decidiu no sentido de que “Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da isonomia, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei.” (in, AI 801087 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 08-03-2019 PUBLIC 11-03-2019)

Assim, em que pese a situação sem precedentes a qual o país enfrenta por conta da pandemia do COVID-19, não cabe a intervenção do Poder Judiciário, na adoção de Políticas Públicas, em substituição dos demais Poderes, concedendo moratória tributária ou prorrogar vencimentos de tributos.

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte Regional, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA PRORROGAÇÃO DE VENCIMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS. PORTARIA MF Nº 12/2012. CALAMIDADE PÚBLICA (DECRETO LEGISLATIVO Nº 06/2020). PANDEMIA RELACIONADA AO CORONAVÍRUS (COVID-19). MORATÓRIA: DEPENDE DE LEI (ART. 97 C.C. Art. 151, I, AMBOS DO CTN) E REFERE-SE A CRÉDITOS FISCAIS JÁ CONSTITUÍDOS (ART. 154 DO CTN). CONCESSÃO OU EXTENSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL: NÃO É DA ALÇADA DO JUDICIÁRIO, SOB PENA DE ATIVISMO JUDICIAL INFRINGENTE DA SEPARAÇÃO DE PODERES ABRIGADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO IMPROVIDO, MANTENDO-SE A DECISÃO AGRAVADA TAMBÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. O caso envolve, efetivamente, uma moratória. A moratória depende de lei (art. 97, c.c. o art. 151, I, ambos do CTN) e não é tarefa do Poder Judiciário imiscuir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, antecipando ou ultrapassando a competência estrita do Poder Legislativo. A moratória individual – já devidamente autorizada pela lei – também depende de ato do poder público; assim, também não cabe ao Judiciário tomar o lugar do Executivo e dispensar temporariamente o pagamento de tributos. Essa continência do Judiciário se justifica de fato e de direito, pois além de infiltrar-se em assunto que legal e constitucionalmente não lhe diz respeito, o Judiciário impertinente acabaria por desequilibrar as finanças públicas e o custeio das incumbências estatais.

2. O Juiz não é eleito. Não é representante popular e por isso não pode atravessar as políticas públicas, a não ser em situações que envolvam direitos da pessoa humana. O magistrado que concede a moratória individual rompe a regra de capacidade acima indicada, ofendendo o art. 2º da CF, e culmina por quebrar a isonomia entre os contribuintes, insultando mais uma vez a Constituição Federal.

3. É jurisprudência assentada no STF que concessão ou extensão de benefício fiscal não é da alçada do Judiciário: ARE 1181341 AgR-terceiro, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 11-03-2020 PUBLIC 12-03-2020 - ARE 928139 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018 - RE 1052420 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-279 DIVULG 04-12-2017 PUBLIC 05-12-2017.

4. Ou seja, “na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da isonomia, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei” (AI 801087 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 08-03-2019 PUBLIC 11-03-2019). Ainda: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos” (ARE 905685 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018). Trata-se principalmente de obediência ao art. 150, § 6º da Magna Carta.

5. O Juiz deve ter em mente o art. 20 da LINDB (“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”) – que parece estar sendo lido por poucos – de modo que conceder moratória individual, até sem maior atenção ao caso específico de empresas que continuam sendo muito bem sucedidas em tempos de crise, pode ter consequências trágicas

para a execução dos infinitos serviços que a lei comete ao Poder Executivo, dentre eles o próprio combate contra a pandemia do modo como a doença exija seja feito, o que caracterizaria um efeito perverso e um círculo viciado: por conta da pandemia não se recolhem tributos e não sendo pagos os tributos não há recursos adequados para se lutar contra a pandemia.

6. São perfeitamente possíveis moratórias, remissões e anistias, nesta hora que talvez seja a mais difícil por que passa o país nos últimos tempos. Mas essas medidas não dependem – e não podem depender – do Poder Judiciário, que está longe de ser onipotente. No ponto, não se deve deslembrar que conforme o art. 154 do CTN, de regra a moratória só se refere aos créditos fiscais já constituídos, já que se ainda não houve o lançamento do débito não há como tratar de prazo de pagamento.

7. Ajudar financeiramente as empresas e até os cidadãos desfavorecidos não é condenável, muito pelo contrário. Mas isso deve ser feito – e já está sendo feito pelo Executivo e pelo Congresso Nacional, os únicos atores constitucionalmente possíveis nesse cenário - com a adoção de medidas cabíveis para o enfrentamento econômico das agruras que essa peste - tardiamente declarada como pandemia pela própria OMS, que até o início de março e quando 37 países já se achavam em contaminação (inclusive a Itália), recusava-se a proceder dessa forma - trará para os empresários e os trabalhadores.

8. Mantida a decisão agravada também por seus próprios fundamentos segundo a técnica “per relationem” (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016 - AgInt nos EDcl no AREsp 595.004/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018), com os acréscimos acima referidos.

9. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007979-05.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 19/06/2020, Intimação via sistema DATA: 23/06/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS. PANDEMIA. APLICAÇÃO DA PORTARIA MF 12/2012. IMPOSSIBILIDADE.

1. A postergação de pagamento ou adiamento de prazos de vencimento de tributos, embora seja uma das medidas a ser considerada, não deve ser implementada por meio de decisões judiciais individuais e dispersas, diante do risco de comprometer a destinação de recursos para custeio e financiamento de despesas emergenciais necessárias ao enfrentamento da crise sanitária.

2. As ações estatais de combate à pandemia e às suas consequências, sejam econômicas ou sociais, envolvem planejamento e coordenação não apenas entre órgãos do Poder Executivo Federal, como entre entes federativos e o Poder Legislativo. A suposta omissão atribuída ao poder público não é ilegal, pois não existe direito líquido e certo à pretensão deduzida, não cabendo, tampouco, ao Poder Judiciário, de maneira isolada e casuística, redefinir, sem lei, cronograma de pagamento de obrigações tributárias. As instâncias competentes para decidir questão de tal natureza são as políticas, tanto Executivo como Legislativo, conforme definido pela Constituição, dependendo, pois, de fonte normativa própria e específica a alteração do calendário de vencimento e pagamento de tributos.

3. Cabe ressaltar, ainda, que, não se trata de mera execução rotineira de política administrativa, a envolver portarias, resoluções e atos normativos de escalão inferior em procedimentos administrativos estritamente individuais, pois, diante da excepcionalidade da situação atual e de seu impacto generalizado, coloca-se em causa, frente à dimensão e complexidade das causas, fatores, medidas e providências a serem considerados, verdadeira política de Estado, a ser definida, para além da legislação ordinária de que se cogitou na espécie. Assim, soluções casuísticas, que pretendam apenas beneficiar uns em detrimento de toda a coletividade não

podem ser admitidas, seja no plano estritamente jurídico, seja no plano, que ora se revela mais importante, da ética social da solidariedade.

4. Assim, a aplicação da Portaria MF 12/2012 revela-se absolutamente inadequada ao contexto atual, vez que se destina à proteção de contribuintes afetados por desastres específicos e geograficamente limitados, e não a uma situação que, além da gravidade sem precedentes, afeta a todos não apenas no âmbito estadual, mas nacional e globalmente. Não é razoável supor, portanto, que as soluções a problema de tal maneira excepcional sejam tratadas no âmbito da competência dos órgãos executivos da administração fazendária, motivo pelo qual não se pode justificar a intervenção do Judiciário diante de suposta omissão da Receita Federal do Brasil ou Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na edição de atos complementares.

5. Também não é através de mera portaria ministerial de alcance limitado e expedida em 2012, que se deve equacionar o problema de que se cogita, cuja gravidade sistêmica não pode ser analisada apenas pelo ângulo de uma das partes, o do contribuinte, sem atentar para as responsabilidades exigidas do Estado, neste contexto, diante da excepcionalidade do quadro atual. Não cabe, portanto, ao Judiciário valer-se de norma de alcance restrito e pontual como se denota de seu teor, norma de hierarquia inferior no contexto de toda a dinâmica de ações, programas, projetos e políticas adotadas no Executivo e Legislativo para enfrentamento da crise em referência e atendimento de interesses pontuais. O campo de incidência da norma invocada é bem distinto do que se apura atualmente existente, fato que não pode ser desconhecido pelo julgador e, portanto, não se pode vislumbrar violação a direito líquido e certo por parte das autoridades administrativas em referência.

6. Afastada a aplicação da Portaria MF 12/2012, pelas razões expostas, nada se altera diante da alegação de que tal medida constitui moratória individual, em que preenchidos os requisitos legais. Não se discute a legalidade da norma por si, mas apenas a sua aplicabilidade a situação diversa e com repercussões extraordinárias, extrapolando, assim, a própria autorização legal conferida pelo artigo 66 da Lei 7.450/1985.

7. Agravo de instrumento provido e agravo interno prejudicado.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007767-81.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 05/07/2020, Intimação via sistema DATA: 06/07/2020)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO FEDERAL. PANDEMIA. COVID-19. DILAÇÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS. APLICAÇÃO DA PORTARIA MF 12/2012. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. É desolador acompanhar as notícias de tantas vidas se esvaindo e os esforços, com resultados ainda bastante incipientes, dos profissionais das mais diversas áreas em encontrar uma solução, ainda que parcial, apta a conter a disseminação do vírus e preservar o maior número possível de pessoas. Além da preocupação com as vidas, o bem maior a ser tutelado pelo Estado, é também importante e necessário voltar-se aos inegáveis reflexos econômicos decorrentes da proliferação da doença e das atuais estratégias de contenção, minimizando-se, sempre que possível, os danos advindos.

2. Nessa conjuntura de absoluta imprevisibilidade, é válido que o Julgador, atento aos acontecimentos, possa eventualmente mitigar as disposições do ordenamento cujo rigor é construído no contexto da normalidade. Isso não significa, todavia, que a pura e simples alegação de necessidade ou vulnerabilidade frente aos acontecimentos seja, no mais das vezes, suficiente para afrouxar as regras de direito material.

3. É necessário considerar que as Políticas Públicas e de Estado cabem precipuamente à avaliação e normatização do Poder Executivo, com o consequente respaldo Legislativo, devendo o Judiciário, em homenagem à Separação dos Poderes e ao princípio da isonomia, proceder com a cautela necessária a não extrapolar, sob o fundamento da calamidade pública, suas funções institucionais.

4. São vultosas as cifras relativas à arrecadação de tributos federais, sendo temerária, mesmo frente à abrupta pandemia, a liberação irrestrita, pelo Judiciário, de valores ou a autorização para diferimento de recolhimento de tributos em detrimento dos interesses da União, ainda mais quando se considera que a União Federal será a maior responsável econômica para prover, ao tempo de crise, o bem estar dos mais diversos extratos sociais e econômicos do país, além de manter em pleno funcionamento, com os custos adicionais decorrentes da pandemia, o Sistema Único de Saúde – SUS.

5. No mais, observa-se que a Portaria MF nº 12 de 20 de janeiro de 2012 foi, de fato, idealizada para a circunstância de calamidade pública, mas em contexto diverso, direcionada para situações enfrentadas por municipalidades especificamente definidas após expedição de atos pela RFB e pela PGFN.

6. A súbita e inesperada pandemia afeta todo o país. A aplicação irrestrita da Portaria sem a regulamentação decorrente implicaria permitir que todos os municípios deixassem de recolher seus tributos federais nas datas de vencimento, acarretando redução abrupta e geral da arrecadação.

7. Catalisar ainda mais a subtração da arrecadação, irrestritamente, sem avaliação prévia quanto aos impactos decorrentes pode colocar as particularidades e dificuldades enfrentadas pelos contribuintes em absoluta primazia sobre o interesse público, o que não seria diligente nesse primeiro momento.

8. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007905-48.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/06/2020)

Assim, é de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação da impetrante.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

5017447-90.2020.4.03.0000

Agravante: DAPRI BUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA - ME
Agravada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 23/09/2020

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO SIMPLES NACIONAL. INAPLICABILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RE Nº 574.706. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MEIO INADEQUADO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. É correto o fundamento da decisão recorrida no sentido de que a situação descrita pela excipiente é diversa daquela abordada no Recurso Extraordinário mencionado porquanto no regime de tributação Simples Nacional o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições referentes ao PIS e à COFINS. Com efeito, “as razões de decidir da Corte Superior, no RE nº. 574.706, não são aplicáveis às empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que o recolhimento mensal é único” (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5003682-62.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020). E ainda: “O entendimento firmado no RE 574.706/PR não pode ser estendido para a contribuição ao Simples Nacional, na forma da Lei n.º 9.317/1996 ou da Lei Complementar n.º 123/2006 por se tratar de sistemática de arrecadação (facultativa), em que o valor devido pelo contribuinte para diversos tributos – impostos e contribuições – é calculado com base em uma alíquota única incidente sobre a receita bruta (art. 5º da Lei n.º 9.317/1996 e art. 18, § 3º, da Lei Complementar n.º 123/2006)” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000392-36.2018.4.03.6002, Rel. Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, julgado em 08/08/2019, Intimação via sistema DATA: 13/08/2019).

2. Ademais, a matéria deduzida pelo devedor em sede de exceção de pré-executividade deveria estar no cenário de embargos a execução, diante do caráter restritíssimo em que é possível agitar essa exceção, que não tem base na lei mas apenas na jurisprudência, motivo pelo qual não é admissível com largueza.

3. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interposto por DAPRI BUS INDUSTRIA E COMERCIO LIMITADA – ME em face de decisão monocrática pela qual *neguei provimento ao agravo de instrumento* por ela interposto contra decisão interlocutória que *rejeitou exceção de pré-executividade* oposta em autos de execução fiscal de dívida ativa tributária para que fosse declarada a nulidade das CDA's em virtude da indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do SIMPLES NACIONAL, em conformidade com o entendimento firmado pelo STF no RE 574.706, aqui aplicável por analogia.

Nas razões recursais a agravante sustenta que, embora a questão do cabimento da exceção de pré-executividade e de necessidade de dilação probatória não tenham sido ventiladas na decisão agravada e não foram objeto do agravo de instrumento, cuida-se de matéria de direito, não havendo necessidade de dilação probatória. Argumenta que a decisão proferida no RE nº 574.706 possui repercussão geral e deve ser aplicada de ofício, sendo fato notório a inclusão do ICMS na base de cálculo do SIMPLES NACIONAL. Por fim, aduz que os conceitos de faturamento e receita bruta aplicáveis aos contribuintes do SIMPLES NACIONAL não diferem daqueles que recolhem o PIS/COFINS em guia própria, de modo que o entendimento do STF no RE nº 574.706 deve ser aplicado ao caso (ID nº 137873568).

Houve apresentação de contrarrazões (ID nº 138624850).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

É correto o fundamento da decisão recorrida no sentido de que a situação descrita pela excipiente é diversa daquela abordada no Recurso Extraordinário mencionado porquanto no regime de tributação Simples Nacional o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições referentes ao PIS e à COFINS.

Com efeito, “as razões de decidir da Corte Superior, no RE nº. 574.706, não são aplicáveis às empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que o recolhimento mensal é único” (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 5003682-62.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SIMPLES NACIONAL. INCLUSÃO ICMS, ICMS-ST E ISS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. REGIME FACULTATIVO.

1. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

2. O entendimento firmado no RE 574.706/PR não pode ser estendido para a contribuição ao Simples Nacional, na forma da Lei n.º 9.317/1996 ou da Lei Complementar n.º 123/2006 por se tratar de sistemática de arrecadação (facultativa), em que o valor devido pelo contribuinte para diversos tributos – impostos e contribuições – é calculado com base em uma alíquota única incidente sobre a receita bruta (art. 5º da Lei n.º 9.317/1996 e art. 18, § 3º, da Lei Complementar n.º 123/2006).

3. Ao optar por esse regime simplificado de tributação, o contribuinte aceita as regras aplicáveis, em especial, no que diz respeito ao presente caso, com a base de cálculo que é integrada pela receita bruta sem qualquer exclusão possível que não aquelas expressamente previstas em lei. Nesse tocante, ao contrário do que ocorre com a contribuição ao PIS e a COFINS, a base de cálculo do Simples Nacional não possui matriz constitucional, cabendo exclusivamente à lei estabelecer os seus contornos. Precedentes desta Corte e do e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

4. Prejudicado o pedido de compensação.

5. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000392-36.2018.4.03.6002, Rel. Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, julgado em 08/08/2019, Intimação via sistema DATA: 13/08/2019)

Portanto, em que pese a argumentação da agravante, inaplicável ao SIMPLES NACIONAL o entendimento firmado pelo STF no RE nº 574.706.

Mas para além disso, mais relevante é o fato que a matéria deduzida pelo devedor em sede de exceção de pré-executividade deveria estar no cenário de embargos a execução, diante do caráter restritíssimo em que é possível agitar essa exceção, que não tem base na lei mas apenas na jurisprudência, motivo pelo qual não é admissível com largueza.

Há muito tempo o STJ já definiu, em sede de recurso repetitivo, que “A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória” (REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009), já que “a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras” (REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009 - repetitivo).

Nesse exato sentido: AgRg no AREsp 653.010/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 22/11/2019.

Nesse tom emerge a *Súmula 393/STJ*.

Esta Sexta Turma alinha-se com esse entendimento (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029949-32.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 577953 - 0004689-09.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 08/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2019 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000767-35.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 27/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/07/2019), uma vez que a exceção de pré-executividade não se presta como bellator campus onde as partes possam ou devam dedicar-se a tarefa probatória (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5018943-91.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019)

Quanto a tema específico aqui tratado, o pensamento majoritário desta Sexta Turma segue a orientação do STJ: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010848-72.2019.4.03.0000, Rel. p/ acórdão Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, julgado em 03/01/2020, e - DJF3

Judicial 1 DATA: 08/01/2020 - ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0010800-83.1999.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo interno*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

Sentenças



AÇÃO PENAL PÚBLICA

0002209-94.2017.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: J.F.S.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de J.F.S. (qualificado na denúncia) imputando-lhe a prática dos delitos previstos nos artigos 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990. Segundo a denúncia, no período de 29/06/2016 a 22/01/2017, por meio de perfil na rede DreaMule, o réu teria disponibilizado e transmitido farto material pornográfico contendo nudez e cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes. Constatou-se, ainda, que o denunciado armazenava quase trezentos mil arquivos (imagens e vídeos) de material associado à pedofilia.

A denúncia foi recebida em 22/10/2018 (fl. 149).

Na resposta à denúncia, a Defesa alegou que os arquivos baixados eram automaticamente compartilhados a outros usuários da rede, de modo que ausente o dolo de troca, disponibilização, transmissão, distribuição ou divulgação de material pedófilo. De resto, a Defesa se reservou ao direito de se manifestar sobre o mérito após o encerramento da instrução.

A decisão da fl. 121 rejeitou o pedido de absolvição sumária.

Na instrução foram ouvidas sete testemunhas. O réu foi interrogado em 29 de agosto de 2019.

Em alegações finais (fls. 168-174) o MPF discorreu sobre as provas colhidas, concluindo que os fatos narrados na denúncia restaram comprovados, impondo-se, portanto, a condenação do réu. Destacou que a versão apresentada pelo acusado em juízo não encontra suporte nas provas. Requereu a condenação, bem como a fixação de valor mínimo para a reparação de eventuais danos causados, nos termos do art. 387, IV do CPP.

Os memoriais da Defesa foram encartados às fls. 180-192. Em resumo, a Defesa ponderou que não há prova segura de que o réu compartilhou material de pornografia envolvendo crianças ou adolescentes, muito menos que tenha feito isso de forma consciente, com o propósito de disseminar arquivos desse tipo. Destacou que o programa utilizado pelo acusado para baixar arquivos, automaticamente passava a compartilhar o material, antes mesmo que o usuário acessasse seu conteúdo. Ademais, o acusado desconhecia o caráter ilícito da pornografia envolvendo menores, “... *justamente porque tais situações eram à época dos fatos livremente disponibilizados na internet*”. Requereu a absolvição ou, na hipótese de condenação, a imposição de pena mínima.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Recai sobre o réu a acusação de ter praticado os crimes previstos nos arts. 241-A, *caput* e 241-B da Lei 8.069/1990. De acordo com a denúncia, entre 14 e 17 de julho de 2016 o réu teria disponibilizado e transmitido arquivos contendo pornografia envolvendo crianças e ado-

lescentes. Além disso, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do réu foram apreendidos HDs contendo milhares de arquivos de áudio e vídeo de pornografia envolvendo crianças e adolescentes.

A investigação que resultou nesta ação penal foi deflagrada a partir de relatório de inteligência da Força Tarefa Especial de Combate à Pornografia Infantil da Polícia Civil de São Paulo, produzido no âmbito da Operação Peter Pan II. Segundo esses informes, foram identificados IPs utilizados para baixar e compartilhar arquivos previamente identificados como sendo de pornografia envolvendo crianças e adolescentes. No curso da investigação se apurou que os IPs estavam vinculados a uma linha telefônica instalada na residência do réu. Deferiu-se então a expedição de mandado de busca e apreensão naquele endereço, ocasião em que foram apreendidos oito HDs e um laptop.

Durante a diligência na residência do réu, os policiais federais efetuaram uma varredura nas mídias apreendidas. Já nessa diligência preliminar foram encontrados inúmeros arquivos com *hash* catalogado no banco de dados de pedofilia, o que resultou na prisão em flagrante de J.F.S., posteriormente substituída pelo recolhimento de fiança. Exames periciais mais detalhados constatarem que quatro dos nove HDs apreendidos continham centenas de milhares de arquivos de imagens e de vídeos de pornografia envolvendo indivíduos aparentando ter idade inferior a 18 anos. Em parte dos arquivos não é possível apontar com segurança que as jovens retratadas são menores de idade, já que apresentam características adultas estabelecidas, como seios e pelos pubianos. Porém, expressivo volume dos arquivos identificados pelo software de rastreamento utilizado para identificar material de pedofilia retrata cenas das quais participam crianças, conforme exemplificam os *prints* das fls. 59, 61, 62, 93, 94, 109, 111, 112, 125 e 126.

Em juízo, os depoentes XXX e YYY, respectivamente filho e companheira do acusado, disseram que nunca tiveram conhecimento de que J.F.S. armazenava pornografia, tampouco viram o réu assistir vídeos ou imagens pornográficas. XXX acrescentou que o marido não tinha conhecimento de que o material baixado pela internet era compartilhado automaticamente.

A testemunha ZZZ disse que o J.F.S. morou em sua casa por cerca de dois anos, sendo que nesse período nunca tomou conhecimento de que o réu acessava pornografia; de resto, abonou a conduta do réu. O depoente WWW é amigo de infância do réu; alegou que nunca teve conhecimento do envolvimento do acusado com atividades ilícitas.

As testemunhas Fábio Soares Leobons, Marcel Augusto Vieira e Gilson Marques da Silva são agentes da Polícia Federal que participaram da diligência que resultou na prisão em flagrante do réu. Os três referiram que durante o cumprimento do mandado o réu se mostrou colaborativo, inclusive indicando as mídias onde havia material de pedofilia. O depoente Marcel afirmou que J.F.S. admitiu que baixava arquivos pornográficos com crianças a adolescentes, mas disse que seu interesse era apenas assistir esse material; jamais pensou em molestar criança ou adolescente.

Quando prestou seu primeiro depoimento na fase policial (fls. 06-08 do inquérito), imediatamente ao cumprimento do mandado de busca e apreensão em sua residência, o réu admitiu a posse de material de pornografia com crianças e adolescentes. Disse reconhecer em si uma obsessão por esse tipo de material e tentava manter isso em segredo da esposa. Contudo, ela acabou descobrindo arquivos envolvendo crianças, o que o motivou a procurar ajuda médica. Consultou um psiquiatra que receitou um medicamento para diminuir a libido. Chegou a deletar todo o acervo impróprio, mas depois de um tempo voltou a baixar arquivos com pedofilia, tentando manter esse vício em segredo. Disse que “... sabe que não é correto e inclusive é crime, mas não consegue se segurar”.

Porém, quando ouvido em juízo o réu apresentou outra versão dos fatos. Em resumo, alegou que tem o hábito de baixar conteúdo pela internet, sobretudo filmes e jogos de computador, valendo-se de programas *peer-to-peer*. Porém, não fazia ideia de que automaticamente os arquivos baixados eram disponibilizados para outros usuários. Baixava também material pornográfico, sempre tendo o cuidado de deixar esse conteúdo em mídias aos quais os filhos não tinham acesso, porém nem sempre conseguia acessar o conteúdo dos arquivos antes de transferi-los para outro HD. Não fazia ideia de que em meio a esse acervo havia arquivos de pedofilia, destacando que a mecânica dos programas utilizados para baixar conteúdo disponibiliza materiais relacionados às palavras chave empregadas no comando de busca, o que faz com que o usuário baixe material diverso do que pretendia — [a partir de 6min20] “*por exemplo, você coloca a palavra amor... ele vai dar me dar tudo o que está relacionado a amor... mas qualquer situação.... dá uma lista com 300, 500, 600, 800... mil arquivos, dependendo da palavra colocada ali*”. Insistiu que não sabia que os arquivos baixados eram automaticamente compartilhados com outros usuários. Deixava o programa baixando arquivos e depois o transferia para outro HD, sem se certificar do que se tratava num primeiro momento. Quando constatava que era conteúdo impróprio, apagava o material. De toda sorte, não fazia ideia de que baixar material de pedofilia era crime. Admitiu ter feito uso do medicamento denominado Revea, porém negou a relação entre esse fármaco e a conduta de baixar material de pedofilia; alegou que fez tratamento com esse medicamento para tratar de ansiedade. Confrontado com o depoimento que prestou na fase policial (a partir de 18min), fez reparos nos segmentos em que admite que baixava de forma consciente material de pedofilia. Questionado pelo MPF (a partir de 25min) reforçou que até a conclusão do *download* não havia como verificar o conteúdo do arquivo, tampouco era possível saber de onde ou de qual usuário o material estava sendo baixado. Ressaltou que não fazia ideia que baixar material de pedofilia constitui crime, até porque o acesso a esse material é muito fácil. Se fosse crime, deveria haver um controle maior do Estado para evitar a circulação desses arquivos. Acredita que mais de 95% do material armazenado em suas mídias não era de pornografia infantil; a maior parte dos arquivos dizia respeito a jogos de videogame e computador.

Passando ao exame do mérito, começo pelo crime mais grave, no caso aquele previsto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tipifica as condutas de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Especificamente quanto a esse fato, a denúncia narra que no período de 29/06/2016 e 22/01/2017 o denunciado compartilhou e/ou disponibilizou diversos arquivos de vídeo e imagens contendo pornografia com crianças ou adolescentes, por meio de programas *peer-to-peer*.

As provas colhidas ainda na fase do inquérito comprovam os fatos narrados na denúncia.

No curso de investigação conduzida pela Força Tarefa Especial de Combate à Pornografia Infantil das unidades de inteligência da Polícia Civil dos departamentos de Araçatuba a São José do Rio Preto, apurou-se que entre 14 e 17 de julho de 2016 a linha instalada na casa do réu foi utilizada para o compartilhamento de material de pornografia infantil por meio de programa *peer-to-peer*. Após o deslocamento da investigação para a Polícia Federal, foi deferido pedido de busca e apreensão na residência do acusado. A diligência resultou na apreensão de vasto material de pedofilia, distribuídos em diversas mídias.

O exame do HD instalado no computador¹ revelou indícios de que esse equipamento foi utilizado para compartilhar quase dois mil arquivos de imagens e de vídeos cadastrados na base de dados da Polícia Federal como sendo de pornografia com exposição de crianças e adolescentes. Dentre os mais de cento e quarenta mil arquivos encontrados no computador utilizado para baixar arquivos por meio de programas *peer-to-peer*, ao menos 370 foram efetivamente compartilhados com terceiros, constatação que escancara a materialidade delitiva do crime previsto no art. 241-A do ECA.

Tanto o *download* dos arquivos quanto o compartilhamento se davam por programas do tipo *peer-top-peer*. Como é próprio desses programas, o compartilhamento é simultâneo e/ou sucessivo ao *download*. No momento em que o usuário baixa um arquivo, automaticamente ele se torna um disseminador (*seemer*) desse material, assim como todos os outros usuários do programa que possuem o mesmo arquivo. Para melhor compreensão dos aspectos técnicos dos programas de compartilhamento, transcrevo excerto de sentença prolatada nos autos da ação penal 5015403-63.2010.404.7100/RS, na qual o juiz federal Adel Americo Dias de Oliveira analisa de forma didática, clara e precisa o programa *eMule*, síntese que vale para qualquer outro programa que utilize a tecnologia *peer-to-peer*:

O E-mule é um aplicativo de compartilhamento de arquivos que permite aos usuários cadastrados a troca de imagens, vídeos e áudios via internet. O sistema funciona como um verdadeiro banco de dados que pode constantemente ser acessado pelos interessados, aos quais é possibilitada a realização de busca específica dos arquivos procurados. A troca de arquivos é feita mediante a utilização da tecnologia P2P (Peer to Peer), ou ponto a ponto, que permite a conexão direta entre dois computadores/usuários conectados à internet. O compartilhamento direto entre usuários do sistema, por sua vez, pressupõe a utilização de redes específicas para tanto, que, no caso do E-mule, são as denominadas *eDonkey* e *Kademlia*.

Uma vez que a pessoa pretenda aderir ao programa, deve promover a instalação do E-mule em seu computador e realizar seu cadastro na rede. O cadastro compreende o fornecimento de dados pessoais do usuário e a adesão ao termo de compromisso do programa, através do qual são informados ao novo cliente o modo de operacionalização do sistema, a maneira como se dá o compartilhamento de arquivos e a responsabilização do usuário pela inadequação dos arquivos disponibilizados na rede. Durante o cadastramento, o usuário pode alterar as configurações do sistema, informando, por exemplo, sua intenção em compartilhar com terceiros os arquivos mantidos em seu computador ou mantê-los em sigilo, podendo, da mesma forma, alterar a pasta na qual serão alocados os arquivos provenientes do E-mule, desabilitar a conexão automática do programa ao inicializar o Windows, etc. Caso nenhuma dessas alterações seja promovida pelo usuário, o programa manterá sua configuração original e permitirá que todos os arquivos 'baixados' pelo usuário, naturalmente alocados na pasta *Incoming* do E-mule, sejam disponibilizados a terceiros.

No mais, feito o cadastro, o usuário recebe um número de identificação único, denominado User ID ou Hash do usuário. Este número é permanente e será mantido pelo usuário do E-mule até que decida não mais utilizar o programa e promova seu descadastramento ou desinstalação. Além do User ID, a cada novo acesso ao sistema, ou seja, a cada nova conexão com a internet, via E-mule, o usuário recebe outro código de identificação, desta vez provisório, chamado Client ID, cuja função é diagnosticar a velocidade da conexão do usuário naquela oportunidade e permitir que ele obtenha ou não preferência no *download* de arquivos em detrimento a outros usuários conectados à rede. Assim, ao passo em que o User ID é definitivo, permitindo a identificação cabal daquele que fez a instalação e o cadastramento no E-mule, o Client ID é

1 Laudo fls. 58-71.

provisório, modificado a cada conexão, não necessariamente demonstrando que a pessoa que acessou o sistema em referida data é efetivamente aquela que promoveu o cadastro.

Estabelecida a conexão com o E-mule, o usuário está apto a promover a busca dos arquivos desejados. Para tanto, deve utilizar palavras-chave que o conduzam ao êxito da pesquisa. Assim, a título exemplificativo, se o usuário digita a palavra 'Mozart', na intenção de encontrar a música correlata ao título, o sistema vinculado ao servidor principal identificará, automaticamente, todos os usuários que, conectados naquele instante ao E-mule, disponham de arquivos com aquele título para upload. A rede promoverá, então, a conexão direta entre os usuários que possuem aquele arquivo disponível para upload e o usuário que deseja 'baixá-lo' para seu computador. Daí a expressão P2P para referir a conexão direta entre usuários da rede. Então, se o usuário 'A' realizou a pesquisa e o sistema identificou os usuários 'B', 'C' e 'D' como os mantenedores do arquivo pretendido, a rede promoverá a conexão direta do primeiro com os últimos três.

A partir daí, com o comando do usuário, a transferência do arquivo começará. Contudo, a fim de viabilizar a conexão entre os clientes e não influenciar na velocidade da mesma, o sistema exige que os arquivos sejam fracionados, para transferência, em partes equivalentes a 9,28 MB (ou 9.280.000 bytes). Assim, um arquivo de vídeo com 92,8 MB, por exemplo, deverá ser fracionado em dez partes iguais (denominadas chunks) durante a transferência. Estas partes não precisam necessariamente ser provenientes de um mesmo usuário, de modo que o usuário 'A', antes citado, pode 'baixar' frações do arquivo desejado do usuário 'B', frações do usuário 'C' e frações do usuário 'D', até que o arquivo se integralize em seu computador. A partir desta integralização é que será possível à perícia, mediante comparação entre os hashes ou números identificadores dos arquivos fornecidos para upload e angariados via *download*, estabelecer se são todos idênticos em seu conteúdo.

Assim, a única forma de verificar a essência, a originalidade do arquivo, é mediante a comparação entre os hashes daqueles fornecidos e daqueles 'baixados'.

Ademais, tendo em conta que o *download* é realizado a partir da transmissão de parcelas de um todo, como visto acima, é preciso ter em mente que, na medida em que o usuário vai recebendo as partes 'baixadas', automaticamente se torna um disponibilizador das mesmas, podendo repassá-las a terceiros. A sistemática ocorre concomitantemente. Assim, se 'A' recebeu as partes 1, 2 e 3 (das 10 partes relativas ao total) do usuário 'B', já será um fornecedor em potencial dessas parcelas para outros usuários 'logados' no sistema, ainda que não haja integralizado seu *download*.

E, dessa forma, o sistema vai criando uma teia de conexões, interligando usuários e permitindo que, ao mesmo tempo, eles promovam o *download* e o upload de arquivos ou de meras parcelas deles.

Integralizado o *download*, o arquivo é remetido automaticamente para a pasta de destino criada pelo próprio programa durante a instalação do E-mule, denominada Incoming. Como visto, é possibilitado ao usuário desabilitar esta pasta e, em seu lugar, criar outra para onde serão remetidos os arquivos recebidos e destinados a compartilhamento. Se isto não ocorre, contudo, os arquivos vão sendo alocados na referida pasta e transmitidos a outros usuários da rede, sempre que conectada a internet e acessado o E-mule.

Embora na fase policial o réu tenha admitido que baixava material de pedofilia por meio dos programas *peer-to-peer*, de forma voluntária e tendo consciência da natureza do conteúdo dos arquivos, em juízo J.F.S. saiu-se com uma história bem diferente. Em síntese, disse que utilizava programas *peer-to-peer* para baixar filmes e jogos para videogame e computador. Cada filme ou jogo (especialmente os jogos) era composto de várias pastas que continham inúmeros arquivos, sendo que às vezes acabava recebendo material pornográfico. Como o conteúdo dos arquivos só fica acessível após a conclusão do *download*, não tinha como saber

com antecedência se o que estava baixando eram apenas filmes e jogos ou se em meio a isso havia arquivos indesejados.

Admitiu também que às vezes baixava de forma intencional arquivos de pornografia, mas que não direcionava as buscas para cenas envolvendo crianças ou adolescentes, já que seu interesse era apenas o sexo entre adultos. Ainda a propósito disso, ponderou que ao comandar uma busca, o usuário recebe uma lista com todos os arquivos que de alguma forma estão relacionados com os termos que informou na guia de pesquisa. E até que se conclua o *download* dos arquivos que selecionou, não é possível ter pleno conhecimento de seu conteúdo. Em suma, o acusado alega que baixou e compartilhou material de pedofilia por acidente.

Embora bem engendrada, até porque em sintonia com mecânica das ferramentas de pesquisas dos programas de compartilhamento, a tese não se sustenta.

De fato, a busca por palavras-chaves pode resultar em arquivos que não tem relação direta com o que o usuário deseja baixar para seu computador. Geralmente os programas contam com ferramentas que trabalham para depurar a pesquisa², a fim de que os resultados se aproximem daquilo que o usuário efetivamente busca. Contudo, estes macetes estão ao alcance apenas de usuários avançados, que detêm um bom traquejo com o computador; para as pessoas que possuem conhecimento precários ou medianos de informática (e não parece ser esse o caso do réu, conforme detalharei adiante), as pesquisas se fazem por meio de termos que têm relação direta com aquilo que o internauta pretende buscar, o que resulta numa lista com todos os arquivos que contêm aquela expressão. Assim, por exemplo, se um usuário aficionado por música clássica comandar uma pesquisa com o termo “*Beethoven*”, terá como resposta uma lista enorme de resultados, dos quais vários serão arquivos de áudio do célebre compositor alemão e vídeos de execuções de suas obras por variadas orquestras. Sucede que misturado a esses arquivos serão listados inúmeros falsos-positivos, como, por exemplo, a simpática comédia dos anos noventa sobre um cão da raça São Bernardo chamado Beethoven ou o álbum “*Beethoven was deaf*” do cantor/compositor inglês Morrissey. Em ambos os casos seria fácil para o usuário, mesmo o mais inexperiente, separar o joio do trigo. Todavia, há casos em que o internauta somente vai perceber que o arquivo não era aquilo que esperava depois do *download* ter sido concluído. E até que complete o *download* e/ou acesse seu conteúdo, o arquivo terá sido compartilhado automaticamente com outros usuários que procuravam o mesmo material, tendo ou não consciência de seu real conteúdo, pois essa é a mecânica dos programas de compartilhamento *peer-to-peer*.

Além disso, não é raro que o usuário comande uma busca por determinado material que se desdobra em vários arquivos (por exemplo, um filme, um *software* ou um jogo) e em meio aos arquivos baixados estejam outros que ele não desejava e que não se relacionam diretamente com aquilo que buscava. Geralmente esse *contrabando* é utilizado para a disseminação de *software* malicioso (*malware*) com o objetivo de causar dano ao computador, valer-se dos recursos do sistema para o processamento clandestino de dados (por exemplo, para a mineração de criptomoedas) ou para subtrair informações confidenciais do usuário para a prática de fraudes bancárias. Há casos em que os arquivos infiltrados efetivamente são de pornografia infantojuvenil, servindo o material cujo *download* foi comandado (o jogo, *software*, filme etc.) como cortina de fumaça para disfarçar o verdadeiro interesse do usuário. Tal técnica costuma ser utilizada por redes de pedófilos, com o propósito de dificultar o rastreamento

2 É o caso, por exemplo, do emprego de conectivos (ex: “and”, “or” ou “no”), do direcionamento da pesquisa do arquivo por tipo (áudio, vídeo, texto etc.), extensão (.jpg., .mov, .mp3 etc.), data de disponibilização, usuário entre outros filtros.

do compartilhamento do material. Nesses casos os arquivos de pedofilia são escamoteados em meio a arquivos que não chamariam a atenção de um usuário comum (por exemplo, jogos desconhecidos ou coleções de planilhas), mas que podem ser buscados sem dificuldade por alguém familiarizado com o esquema. (Faço um rápido desvio para registrar que não há indícios de que o acusado integrava uma rede estruturada para a troca de material de pedofilia).

Percebe-se que a utilização de programas *peer-to-peer* efetivamente traz embutido o risco de o usuário comandar a busca de um determinado tipo de arquivo e receber um conteúdo diverso daquilo que procurava. No mais das vezes isso só vai ser constatado após o encerramento do *download*; — a maioria dos programas de compartilhamento conta com funcionalidade que permite a pré-visualização de *downloads*, mas essas ferramentas não funcionam para todo tipo de arquivo e sua utilização vai depender do grau de conhecimento em informática pelo usuário.

O risco de baixar inadvertidamente material pedófilo é mais intenso entre os usuários que utilizam os programas de compartilhamento para buscar material erótico ou pornográfico, conduta que por si só não configura crime, salvo quando se tratar de arquivos contendo pornografia com crianças ou adolescentes. Assim, se o usuário digita, por exemplo, o termo “sexo”, o resultado de sua pesquisa será uma infinidade de arquivos que contém essa palavra no título ou na descrição do arquivo feita pelos usuários disponibilizaram o material para ser compartilhado. Pode ser que entre os arquivos selecionados para *download* algum contenha cenas de sexo envolvendo crianças ou adolescentes, o que somente será constatado pelo usuário quando acessar o arquivo. E até que isto ocorra, esse arquivo será compartilhado com vários outros usuários, alguns tão incautos quanto o sujeito desse exemplo, outros sabendo muito bem o que fazem. Objetivamente esse quadro encerra as condutas de disponibilizar e transmitir material pedófilo, mas o crime, por capenga, não se consuma, pois lhe falta o elemento subjetivo, ou seja, a demonstração de que o agente direcionou sua conduta para a disponibilização ou transmissão de imagens ou vídeos contendo nudez ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes.

Como se vê, o fato de alguém ter baixado arquivos de pornografia infantojuvenil não significa, por si só, que esta pessoa desejava este tipo de informação, e muito menos que tinha a intenção de disponibilizar esse material para terceiros. Para se chegar a uma conclusão nesse sentido, devem ser analisados outros elementos que permitem contextualizar a posse do material encontrado, a fim de separar quem desavisadamente baixou pornografia infantil daquele que atuou com o propósito específico de armazenar e compartilhar material dessa natureza. Nesse exame, devem ser levados em consideração, por exemplo, quantidade de material ilícito encontrado, a reiteração dessa conduta, a vida pregressa do investigado etc. Também é importante examinar com atenção o nome dos arquivos e as chaves utilizadas pelo usuário em suas pesquisas, com o objetivo de verificar se o usuário comandou pesquisas empregando os termos clássicos para a busca de material de pedofilia, tais como “pedo”, “Lolita”, “child”, “12’s”, “13’s” etc.

Ocorre que aplicadas ao caso dos autos, essas diretrizes conspiram contra o réu. Em primeiro lugar, a extensão do material de pedofilia encontrado nas mídias apreendidas não deixa dúvida da predileção do réu por esse tipo de material. Afinal, em três das mídias apreendidas havia quase trezentos mil arquivos previamente cadastrados nos bancos de dados da Polícia Federal como sendo de pedofilia. Foge do razoável imaginar que centenas de milhares de fotos e vídeos pornográficos envolvendo crianças e adolescentes foram baixadas de forma acidental.

De fato, constatou-se que quatro HDs apreendidos não continham material de pedofilia, e aparentemente eram utilizados como suporte para jogos de videogame — outro HD não

funcionou, de modo que foi impossível acessar seus dados de registro. Porém, a comprovação do apego do réu aos jogos de videogame não infirma a obstinação por colecionar imagens e vídeos pornográficos com crianças e adolescentes, comprovada pela extensão do material encontrado em quatro das mídias apreendidas. Aliás, a quantidade de arquivos, somada à conduta de distribuir o material ilícito em outras pastas e mídias infirma a alegação do réu de que as imagens e vídeos de pedofilia vinham contrabandeados em meio aos arquivos de jogos.

Apurou-se também que o réu se valeu de termos de busca que são próprios para a pesquisa de material de pedofilia, tais como “*preteen*”, “*8Yr*” (e várias outras palavras-chaves associadas a tenras idades) e PTHC, que é a redução em sigla da expressão “*preteen hard core*”³. O emprego desses termos não deixa dúvida de que as buscas no *DreaMule* foram direcionadas para a obtenção de arquivos de pedofilia.

Em seu interrogatório o acusado também ensaiou a justificativa de que não fazia ideia de que os arquivos baixados eram compartilhados automaticamente. Deu a entender que seus conhecimentos de informática são rudimentares, de sorte que mal sabia como funcionavam os programas *peer-to-peer*. Porém, a tentativa de se apresentar como um capiau da informática não foi bem-sucedida.

Em primeiro lugar, a quantidade de mídias apreendidas (um notebook, um HD instalado num PC e sete HDs externos) por si só é reveladora do quanto J.F.S. era enfronhado na utilização do computador. Parte do material baixado por meio do PC e do notebook era armazenada em HDs externos, ação que se por um lado não é das mais complexas, não está ao alcance dos indivíduos que só conhecem o básico necessário para operar um computador, carapuça que o acusado tenta vestir. Note-se que parte dos HDs eram utilizados como suporte para jogos de videogame, aplicação que também não é própria dos usuários limitados.

Além disso, a familiaridade do acusado com os sistemas de informática, sobretudo com os programas *peer-to-peer*, se manifestou em vários momentos do interrogatório. Isso fica claro nas passagens em que o acusado menciona a capacidade total dos HDs apreendidos (“*quase 7 TB ou sete mil GB*” – a partir de 3min45s) e a facilidade de baixar e utilizar programas *peer-to-peer* (“*é um programa que você baixa em qualquer site, de uma forma muito simples... para mim era algo simples de usar... tanto que você não precisa pegar esse programa e configurar da forma que você quer o material... simplesmente vai e pronto*” – a partir de 4min30s), ou quando se vale dos chavões próprios da informática em seu discurso – exemplos: “*eu posso digitar uma palavra-chave*” (6min20s), “*o arquivo vinha dentro de uma pasta e você tinha que descompactar ela*” (9min30), “*às vezes dentro de uma pasta zipada pode ter cem mil arquivos*” (10min50), “*ele [o material baixado] vem numa pasta escrito incoming, que fica [na aba] downloads (...) às vezes eu nem abria a pasta incoming*” (28min30), . Outro bom exemplo da facilidade do réu em operar sistemas de informática é a didática explicação a um questionamento do MPF a respeito do volume de arquivos de pedofilia encontrados nas mídias apreendidas: “*é mais ou menos assim, às vezes acontece de uma pasta... fotos é um arquivo pequeno... uma pasta, por exemplo, de 3GB, com uma internet mais ou menos você consegue baixar ela em 40 minutos, uma hora... [essa pasta] contém uma quantidade absurda de arquivos... é uma pasta que vem zipada, você não consegue ver o material que tem dentro... depois só de ser baixado e extraído que você consegue ver esse material*” (a partir de 29min30).

Como se vê, os conhecimentos de J.F.S. a respeito dos sistemas de informática não são tão precários ao ponto de considerar crível a ideia de que os milhares de arquivos de pedofilia

3 A relação de termos pesquisados está no quadro da fl. 64 do laudo juntado às fls. 55-69.

encontrados em suas mídias foram baixados de forma acidental, tampouco que o acusado não tivesse consciência de que o *download* desses arquivos por meio de programas *peer-to-peer* implicava no compartilhamento automático do material.

Em suma, a prova é segura no sentido de que o réu baixou, de forma voluntária, vasto material de pedofilia, ação praticada por meio de programas de compartilhamento *peer-to-peer*, tendo consciência do modo de funcionamento do programa, inclusive no que toca à funcionalidade de compartilhamento automático dos arquivos mantidos na pasta *incoming*.

Importante realçar que a simples utilização de programas *peer-to-peer* para a obtenção de material ilícito acarreta uma consequência funesta que não pode ser desconsiderada, e que seguramente está na esfera de conhecimento do acusado. É que ao utilizar esse meio para acessar pornografia envolvendo crianças e adolescentes, o usuário de programas *peer-to-peer* contribui para ampliar a disseminação desse material. A partir do momento em que começa o *download* do arquivo e até o transferir da pasta *incoming* para outro local (ou deletá-lo), o usuário se torna um *seeder* (semeador) desse arquivo, tornando mais fácil e rápida a obtenção desse material por outros usuários.

Por fim, não há como desconsiderar o depoimento prestado pelo réu por ocasião de sua prisão em flagrante. Naquela oportunidade, J.F.S. admitiu que baixava arquivos de pedofilia por meio de programas *peer-to-peer*, bem como que “*sabe que não é correto e inclusive é crime, mas não consegue se segurar*”. No confronto entre as versões do réu para o fato (a apresentada na fase policial e aquela exposta em Juízo), penso que deve ser prestigiada aquela colhida no auto de prisão em flagrante. A uma porque reflete o que foi dito no calor dos acontecimentos, imediatamente à prisão do flagrado. E a duas porque aquela versão está em sintonia com o acervo probatório. Afinal, faz todo sentido aceitar que o réu baixou mais de duzentos mil arquivos de pedofilia porque “... *tem certa obsessão por material desse tipo*”; o que não é crível é que todo esse material tenha sido baixado por engano.

Tudo somado, concluo estar comprovado, além de dúvida razoável, que o réu incorreu no crime previsto no art. 241-A do ECA, na medida em que *disponibilizou* imagens e vídeos contendo pornografia envolvendo crianças ou adolescentes. Considerando que a disponibilização se estendeu no tempo e abarcou arquivos distintos, aplica-se a causa de aumento da continuidade delitiva em relação ao crime em questão.

Trato agora do crime do art. 241-B do ECA, que tipifica as condutas de “*Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente*”. No caso dos autos, imputa-se ao réu a conduta de *armazenar* imagens de pornografia envolvendo crianças ou adolescentes. Armazenar é guardar, manter, conservar algo em algum lugar de modo a recuperá-lo posteriormente.

A materialidade está comprovada pelos quatro HDs apreendidos na casa do réu e que continham farto material pornográfico retratando crianças ou adolescentes. Em um dos HDs foram encontrados 139.287 arquivos de pedofilia⁴, em outro 34⁵, num terceiro 149.477⁶ e no notebook do réu outros 38⁷ arquivos de imagens ou vídeos de conteúdo pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes.

4 Laudo fls. 55-71.

5 Laudo fls. 90-99.

6 Laudo fls. 105-120.

7 Laudo fls. 121-132

Na linha do que assentado no segmento que tratou do crime do art. 241-A do ECA, a quantidade dos arquivos ilícitos não deixa dúvida da voluntariedade na obtenção desse tipo de material, de modo que afastada a tese de aquisição *acidental* das imagens e dos vídeos. Além disso, a conduta do réu de mover os arquivos baixados por meio de programas *peer-to-peer* da pasta *incoming* (onde os arquivos completos são salvos) para outras pastas do computador ou para outras mídias, evidencia a intenção de armazenar o material, isto é, de conservá-lo com o propósito de deixá-lo acessível a qualquer tempo. Outra consequência da ação de distribuir os arquivos de pedofilia baixados por meio do programa *peer-to-peer* em diversas pastas é o afastamento da possibilidade de absorção do crime do art. 241-B pelo delito do art. 241-A do ECA. O que se tem no presente caso são condutas autônomas, uma direcionada à obtenção dos arquivos (propiciando o compartilhamento imediato para outros usuários, característica própria da ferramenta escolhida para os *downloads*) e outra tendente à conservação do material. Também por isso, os crimes se alinham em concurso material.

Por outro lado, a quantidade de arquivos disponibilizados e/ou armazenados não caracteriza continuidade delitiva quanto ao crime de armazenamento, devendo a extensão do material ser considerada na primeira fase da dosimetria.

Dessa forma, provadas a materialidade e a autoria delitiva, não havendo causa que exclua os crimes ou isente o réu de pena, impõe-se a condenação de J.F.S. DA SILVA nas sanções dos arts. 241-A e 241-B do ECA.

Passo a dosar as penas.

a) Art. 241-A do ECA

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* — aqui compreendida não mais como elemento integrante da estrutura analítica do crime, mas sim como medida do grau de censurabilidade da conduta — está no nível médio, o acusado não apresente *antecedentes* e o crime não deixou *consequências*.

As *circunstâncias* em que praticado o delito não trazem particularidade digna de nota. Cabe registrar que a quantidade de arquivos compartilhados e o tempo que estiveram disponíveis caracteriza continuidade delitiva, de modo que tais circunstâncias serão valoradas na terceira fase da dosimetria.

A julgar pelo depoimento prestado na fase policial, o *motivo* foi a satisfação da lascívia, decorrente de uma predileção pela pornografia com crianças ou adolescentes que chega às raias da compulsão. Ocorre que tal desiderato é próprio desse tipo de crime, de modo que essa vetorial não repercutirá de forma negativa ou positiva na dosimetria.

Considerada a natureza do crime, não há que se falar em *comportamento da vítima*. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo uma circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena base* no mínimo, em 3 anos de reclusão.

Ausentes agravantes. Presente a atenuante da confissão, uma vez que o depoimento prestado na fase policial foi aproveitado como elemento de convicção para a condenação do réu. Contudo, a confissão não repercutirá na pena, pois “A *incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal (súmula nº 231 do STJ)*”. Dessa forma, a *pena provisória* fica mantida em 3 anos de reclusão.

Não incidem causas de diminuição. Porém, aplica-se a causa de aumento da continuidade delitiva. Considerando que o GUID do réu foi utilizado para o compartilhamento de arquivos

de pedofilia por mais de seis meses (de 29/06/2016 a 22/01/2017), exaspero a pena em $\frac{1}{4}$, fração um pouco acima do aumento mínimo, porém sem dele se distanciar muito. Sendo assim, fixo a pena definitiva para o crime do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente em *3 anos e 9 meses de reclusão*.

Condeno o réu também ao pagamento de 12 dias-multa, fixado o dia multa em $\frac{1}{30}$ do salário mínimo vigente em abril de 2017.

b) Art. 241-B do ECA

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* — aqui compreendida não mais como elemento integrante da estrutura analítica do crime, mas sim como medida do grau de censurabilidade da conduta — está no nível médio, o acusado não apresente *antecedentes* e o crime não deixou *consequências*.

As *circunstâncias* em que praticado o delito devem ser avaliadas de forma negativa em razão da quantidade de arquivos armazenados, que chegou próxima de trezentos mil.

A julgar pelo depoimento prestado na fase policial, o *motivo* foi a satisfação da lascívia, decorrente de uma predileção pela pornografia com crianças ou adolescentes que chega às raias da compulsão. Ocorre que tal desiderato é próprio desse tipo de crime, de modo que essa vetorial não repercutirá de forma negativa ou positiva na dosimetria.

Considerada a natureza do crime, não há que se falar em *comportamento da vítima*. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, havendo uma circunstância desfavorável ao réu (o expressivo volume de arquivos armazenados) fixo a *pena base* em $\frac{1}{4}$ acima do mínimo, ou seja, 1 ano e 3 meses de reclusão.

Ausentes agravantes. Presente a atenuante da confissão, uma vez que o depoimento prestado na fase policial foi aproveitado como elemento de convicção para a condenação do réu. Por conta disso, diminuo a pena base em $\frac{1}{6}$, fixando a *pena provisória* em 1 ano e 15 dias de reclusão.

Não incidem causas de diminuição ou de aumento, exceto a referente ao concurso material. Sendo assim, fixo a pena definitiva para o crime do art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente em *1 ano e 15 dias de reclusão*.

Condeno o réu também ao pagamento de 11 dias-multa, fixado o dia multa em $\frac{1}{30}$ do salário mínimo vigente em abril de 2017.

Concurso material

Embora praticados no mesmo contexto, os crimes de disponibilizar e armazenar imagens e vídeos de pedofilia foram cometidos por ações distintas e com desígnios autônomos. Logo, aplica-se a regra do cúmulo material prevista no art. 69 do Código Penal, o que resulta na pena de *4 anos, 9 meses e 15 dias* de reclusão e na pena de multa de 23 dias-multa, fixado o dia-multa no valor de $\frac{1}{30}$ do salário mínimo vigente em abril de 2017.

Tendo em vista que a pena aplicada supera quatro anos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O regime inicial de cumprimento será o semiaberto (art. 33, § 2º, *b* do Código Penal).

Bens apreendidos, indenização e destinação da fiança

Os HDs nos quais foram encontrados arquivos de pedofilia devem ser destruídos, por meio de processo que impeça a reconstituição dos dados neles contidos, o mesmo ocorrendo

com a mídia que não funcionou⁸. As demais mídias apreendidas deverão ser restituídas ao réu, após o trânsito em julgado. O réu deverá retirar as mídias em até 30 dias úteis contados do trânsito em julgado ou da baixa dos autos pelo Tribunal, o que ocorrer por último. Decorrido esse prazo sem manifestação, os HDs deverão ser destruídos.

A fiança deverá ser empregada no pagamento das custas e das penas de multa, nessa ordem. O eventual saldo deverá ser restituído ao réu.

Por fim, deixo de condenar o réu ao pagamento de indenização mínima (art. 387 do CPP), uma vez que as infrações penais não resultaram em prejuízo material.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo *PROCEDENTE* a denúncia para o fim de *CONDENAR* o réu *J.F.S.* ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, bem como ao pagamento de multa equivalente a 23 dias-multa, arbitrado o dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente em abril de 2017, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O regime inicial de cumprimento será o semiaberto.

O réu poderá recorrer em liberdade.

Custas pelo condenado.

Após o trânsito em julgado desta sentença, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e oficie-se à Justiça Eleitoral em cumprimento ao disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 28 de fevereiro de 2020.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

8 Laudo fls. 76-79.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001803-18.2018.4.03.6131

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Ré: DURATEX S/A

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2020

SENTENÇA

Vistos e sentenciado em inspeção.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, de natureza condenatória, por meio da qual se pretende obter, da ré, em regresso, ressarcimento decorrente de pagamento de benefício por acidente de trabalho. Em suma, aduz a inicial, que, na data de 28/03/2017, o trabalhador SANDOVAL CONSTANTINO JÚNIOR sofreu acidente de trabalho que lhe ocasionou lesões. Sustenta-se que, na data dos fatos, o empregado da ré, ao realizar uma intervenção na máquina denominada 'lixadeira', a qual se tornou necessária pois uma chapa de MDF enroscou no referido equipamento, uma peça denominada alçapão o atingiu na perna direita, acarretando fratura do fêmur. Inculcando culpa exclusiva à requerida, empregadora do segurado, decorrente da inobservância de regras técnicas sobre segurança e saúde no trabalho, a autarquia previdenciária movimenta a presente demanda com o fito de receber, em regresso, o ressarcimento pelas despesas em que já incorreu – e mais outras, ainda por realizar – em decorrência do acidente aqui em questão. Junta documentos.

Citada, a primeira requerida apresenta contestação ao pedido inicial, arguindo, em preliminar, a ausência de processo trabalhista e a inexistência de determinação de sua responsabilidade no âmbito daquela esfera jurídica. No mérito, sustenta a inconstitucionalidade da pretensão regressiva, inexistência de prova de nexo causal entre a conduta da ré e o resultado, que observa as normas legais e convencionais de saúde, higiene e medicina do trabalho (SESMT e CIPA). Sustenta culpa exclusiva da vítima, ou quando não, sua culpa concorrente. Pugna pela improcedência. Junta documentos.

Saneado (id n. 17477681), o feito foi encaminhado à instrução, com realização de perícia de natureza técnica para averiguação de causas e circunstâncias do sinistro aqui em discussão, sobrevindo parecer final conclusivo agregado aos autos virtuais sob o id n. 30450391, a respeito do qual ambas as partes se manifestaram, providenciando a ré a juntada de laudo parcial por assistente técnico por ela indicado (id n. 31784285).

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

O feito já se encontra devidamente saneado, com a análise das preliminares suscitadas pelas partes exposta na decisão registrada sob o id n. 17477681. De sorte que, superadas as questões processuais e procedimentais incidentes, cumpre a análise do mérito da postulação inicial, até porque todas as provas necessárias ao deslinde do feito já se acham presentes, nada mais havendo que esclarecer em instrução.

Antes de mais nada, entretanto, cumpre estabelecer que o *prazo prescricional* a ser observado em ações regressivas por acidente do trabalho é de 5 anos contados da data do sinistro, inaplicável o art. 37, § 5º da CF, conforme definiu a *Primeira Seção do C. STJ*, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos. Nesse sentido, indico precedente:

CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 37, §5º DA CF/88 E SÚMULA 85, DO STJ. INAPLICABILIDADE. DECRETO-LEI Nº 20.910/32. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDOS.

“1. Ação regressiva por acidente de trabalho ajuizada pelo INSS, em face do empregador, objetivando o pagamento dos valores despendidos pela autarquia desde a concessão do benefício até sua cessação por uma das causas legais. Auxílio doença por acidente de trabalho convertido em aposentadoria por invalidez.

2. Inaplicabilidade do artigo 37, §5º, da Constituição Federal que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos “ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não”, considerando que a ré (empregadora do segurado) não estava investida de função pública quando da prática do ilícito.

3. A *Primeira Seção do STJ*, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, pacificou orientação no sentido de que nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, é quinquenal a prescrição, nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 20.910/32, e não trienal, como prevê o artigo 206, § 3º, V, do CC/2002, mesmo prazo a ser aplicado nas hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como é o caso da ação de regresso acidentária, em observância ao princípio da isonomia.

4. No que se refere ao termo inicial do prazo prescricional, deve ser computado a partir da data de concessão do benefício, momento em que exsurge para a autarquia previdenciária a pretensão de se ressarcir dos valores despendidos no pagamento de benefício em favor do segurado ou seus dependentes.

5. Inaplicabilidade da súmula 85, do STJ, considerando que a relação de trato sucessivo que se trava na espécie se dá entre o segurado/dependentes e a Previdência Social, com o pagamento mensal de benefício decorrente do acidente de trabalho e não entre a empregadora - causadora do acidente - e o INSS, de modo que a prescrição atinge o fundo de direito.

6. Concedido o benefício previdenciário em 16/12/2003 e proposta a ação regressiva em 27/04/2009, tem-se por ocorrida a prescrição.

7. Apelação e reexame necessário não providos” (g.n.).

[TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1731962 - 0005275-93.2009.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 15/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2018].

Em idêntico sentido, indicam-se os seguintes precedentes: TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198825 - 0006509-62.2008.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 23/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2018; TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1915972 - 0000700-77.2011.4.03.6108, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 27/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/12/2017; TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1712955 - 0003029-68.2011.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, julgado em 24/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/06/2017.

Pois bem. No caso concreto, o acidente de que se ressente a inicial se deu aos 28/03/2017, conforme cópia da *Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT n. 2017.114.915-7/01*, anexa à inicial, e a ação em causa foi ajuizada aos 24/12/2018, com despacho ordinatório da citação dos réus (CC, art. 202, I) aos 08/01/2019, o que afasta peremptoriamente a incidência da prescrição no caso concreto.

Com tais considerações, passo à análise do mérito do pedido inicial.

É assente, nos repertórios de jurisprudência das Cortes Federais Brasileiras, a plena admissibilidade do exercício, na via do regresso, da pretensão de ressarcimento dos gastos em que se acha incursa a autarquia previdenciária por decorrência do pagamento de benefícios decorrentes de acidente de trabalho. Essa pretensão indenitária encontra fundamento nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91, e se mostra cabível nas hipóteses em que ficar demonstrada, em relação ao acidente específico, conduta culposa do empregador, afastada vedação do *bis in idem*, na medida em que a legislação, nesse aspecto específico, adotou uma forma binária, ou híbrida de ressarcimento, composta pela combinação do seguro social e da responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual. Daí, cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente. Por sua clareza pedagógica, indico precedente firmado no âmbito do C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, da lavra do Exmo. Sr. Dr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES, assim ementado:

ACÇÃO REGRESSIVA. ARTIGOS 120 e 121 DA LEI Nº 8.213/91. CABIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DOS APELADOS. IMPROCEDÊNCIA DA ACÇÃO. APELO DESPROVIDO.

“I - O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 determina que o INSS proponha ação em face dos responsáveis pelo acidente do trabalho, e não necessariamente em face apenas do empregador. *Sendo assim, tem-se que o empregador pode ser responsabilizado em conjunto com o tomador de serviços, como ocorre no presente caso.*

II - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de cabimento de Ação Regressiva pelo INSS contra Empresa em que ocorreu acidente de trabalho quando comprovada a existência de negligência do empregador.

III - Como se sabe, o legislador pátrio, no que tange à responsabilização do tomador dos serviços em relação aos danos havidos na relação de trabalho, adotou uma forma híbrida de ressarcimento, caracterizada pela combinação da teoria do seguro social - as prestações por acidente de trabalho são cobertas pela Previdência Social - e responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual. Nessa linha, cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente.

IV - No caso dos autos, observando-se o conjunto probatório trazido aos autos pela parte autora, tem-se que o evento ocorrido se deu por culpa exclusiva da vítima, não se desincumbindo, dessa forma, o INSS de comprovar a negligência da empresa ré quanto à observância das normas de segurança do trabalho, fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

V - Apelação desprovida” (g.n.).

[AC 00032304920144036108, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/04/2017].

No voto condutor do v. aresto aqui indicado como paradigma, assim se posiciona Sua Excelência, o Eminentíssimo Relator, Desembargador Federal Dr. COTRIM GUIMARÃES, acerca dessa intrincada temática:

“A presente ação regressiva encontra previsão nos artigos 120 e 121 da Lei nº 8.213/91 - Lei de Benefícios da Previdência Social, *verbis*:

“Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”.

Ainda, preconiza o art. 19, *caput* e § 1º, da mesma lei, *verbis*:

“Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de cabimento de Ação Regressiva pelo INSS contra Empresa em que ocorreu acidente de trabalho quando comprovada a existência de negligência do empregador, de modo que qualquer discussão acerca da constitucionalidade do artigo 120 da Lei nº 8.213/91, resta superada.

Do mesmo modo, o pagamento do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, previsto no art. 22 da Lei 8.212/91 *não exclui a responsabilidade da empresa nos casos de acidente de trabalho, decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.*

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. ART. 22 DA LEI 8.212/91. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPREGADOR RESPONSÁVEL PELO ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 120 DA LEI 8.213/91. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O direito de regresso do INSS é assegurado no art. 120 da Lei 8.213/1991 que autoriza o ajuizamento de ação regressiva em face da empresa empregadora que, por negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, causou o acidente do trabalho.

2. O Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, previsto no art. 22 da Lei 8.212/91, refere-se a contribuição previdenciária feita pela empresa para o custeio da Previdência Social relacionado aos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade de trabalho decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

3. Da leitura conjunta dos arts. 22 da Lei 8.212/91 e 120 da Lei 8.213/91 *conclui-se que o recolhimento do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT não exclui a responsabilidade da empresa nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.*

4. Tendo o Tribunal de origem asseverado expressamente que os embargantes foram negligentes com relação “às suas obrigações de fiscalizar o uso de equipamento de proteção em seus empregados, caracterizando claramente a culpa *in vigilando*”, resta configurada a legalidade da cobrança efetuada pelo INSS por intermédio de ação regressiva.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes para, tão-somente, esclarecer que o recolhimento do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT *não impede a cobrança pelo*

INSS, por intermédio de ação regressiva, dos benefícios pagos ao segurado nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa da empresa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. (EAERES 200701783870, ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 14/06/2013)”.

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 178, § 6º, II, DO CÓDIGO CIVIL/1916. FALTA DE PERTINÊNCIA ENTRE O DISPOSITIVO LEGAL E A MATÉRIA OBJETO DO RECURSO. SÚMULA Nº 284/STF. ACIDENTE DO TRABALHO. NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA COMPROVADA. AÇÃO REGRESSIVA. POSSIBILIDADE. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 07/STJ.

I - A verificação da necessidade da produção de novas provas, o que impediria o juiz de proferir o julgamento antecipado da lide, é, *in casu*, inviável diante da necessidade de reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 07/STJ).

II - É inadmissível o recurso especial, interposto pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional, quando o dispositivo legal tido por violado não guarda pertinência com a matéria tratada no recurso. Precedentes.

III - *Nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91, no caso de acidente de trabalho em que restou comprovada a negligência da empresa quanto à adoção das normas de segurança do trabalho, cabível ação regressiva pela Previdência Social.* Precedentes.

IV - Tendo o e. Tribunal *a quo*, com base no acervo probatório produzido nos autos, afirmado expressamente que a culpa pela ocorrência do sinistro seria da empresa, a análise da quaestio esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (RESP 200302170900, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:22/10/2007 PG:00344)”.

Superada a verificação quanto ao cabimento da ação regressiva, passo à verificação da culpa da empresa ré.

A procedência da ação regressiva, isto é, a responsabilização da empregadora pelos valores pagos pela Previdência Social, em razão da concessão de benefício previdenciário, decorrente de acidente de trabalho, *depende da comprovação da culpa, na modalidade de negligência da contratante, quanto às normas padrão de segurança do trabalho, indicados para a proteção individual e coletiva, e do nexo de causalidade entre a conduta omissiva do empregador e o infortúnio que deu causa ao pagamento do benefício previdenciário do qual se pretende o ressarcimento.*

Com se sabe, o legislador pátrio, no que tange à responsabilização do tomador dos serviços em relação aos danos havidos na relação de trabalho, *adotou uma forma híbrida de ressarcimento, caracterizada pela combinação da teoria do seguro social - as prestações por acidente de trabalho são cobertas pela Previdência Social - e responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual.* Nessa linha, *cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente.*

A composição destas duas teorias determina que, diante da ocorrência de acidente laboral que resulte em danos ao trabalhador, *a Previdência Social, em um primeiro momento, conceda o benefício previsto em lei, no afã de amenizar as mazelas relacionadas ao evento. Poderá, contudo, a Autarquia previdenciária ser ressarcida dos valores despendidos em caso de negligência no cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho pelo empregador.*

Para uma completa exegese do contido no artigo 120 da Lei 8.213/91, impende colacionar excerto da obra dos preclaros magistrados Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, que, sobre o tema, expõem:

“Assim, surge um novo conceito de responsabilidade pelo acidente de trabalho: o Estado, por meio do ente público responsável pelas prestações previdenciárias, resguarda a subsistência do trabalhador e seus dependentes, mas tem o direito de exigir do verdadeiro culpado pelo dano que este arque com os ônus das prestações - aplicando-se a noção de responsabilidade objetiva, conforma a teoria do risco social para o Estado; mas a responsabilidade subjetiva e integral, para o empregador infrator. Medida justa, pois a solidariedade social não pode abrigar condutas deploráveis como a do empregador que não forneça condições de trabalho indene aos riscos de acidentes. Como bem assinalou Daniel Pulino (RPS nº 182, LTr, p. 16), o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua irresponsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável. (Manual de Direito Previdenciário. LTr, 2001, p. 441)” (grifamos).

Resolve-se, assim, na demonstração da culpa ou dolo do empregador a caracterização do dever de indenizar por decorrência do acidente de trabalho lastimado na petição inicial. É o que se passa a avaliar no caso concreto.

A RESPONSABILIDADE DA EMPREGADORA. AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DE NORMAS TÉCNICAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. CULPA CONFIGURADA. CONCORRÊNCIA.

Está bastante bem demonstrado nos autos que a empregadora do segurado acidentado não se desincumbiu de comprovar o adimplemento das regras e requisitos mínimos relativos à saúde e segurança do trabalho, circunstância essa que – acaso não pudesse, por si, garantir, de forma absoluta, a inoccorrência do sinistro – serviria, ao menos, ao propósito de elidir a culpa do agente envolvido, já que, atendidos todos os requisitos legais aplicáveis à espécie, não se vislumbraria, em tese, ausência de observância a dever de cuidado objetivo, previsto em lei ou ato normativo, que dispara o dever de indenizar.

Entretanto, no caso concreto, verifica-se que não foi isso o que ocorreu. Veja-se, nesse particular, que, já a uma primeira investida, observa-se irregularidade, constatada pela fiscalização do trabalho (cf. *documento juntado sob o id n. 13354925 – Relatório de Acidente do Trabalho*), consubstanciada em falha na etapa de reconhecimento dos riscos prevista na NR-09, item 9.9.3 “a” (109.060-7), o que contraria ao disposto no item 9.3.5.1 e alíneas da NR 09, que regulamenta o disposto no art. 157, I da CLT, que dispõe:

“Art. 157 (da CLT) - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)”

Constou do Relatório de Fiscalização elaborado pelo auditor-fiscal do trabalho que:

“As investigações realizadas tanto pelo SESMT quanto pela CIPA, concluíram que houve uma falha lógica de funcionamento do equipamento, não prevista nem relatada anteriormente, impossibilitando inclusive ações e medidas preventivas objetivando a segurança dos trabalhadores.

A falha lógica não prevista, no entanto, evidenciou o desconhecimento por parte da administração da empresa, do completo funcionamento da máquina acidentada, o que colocou em risco a segurança do trabalhador, uma vez que havia a possibilidade de fechamento do “alçapão” estando o comando em manual.

Falhou então a empresa ao não certificar-se do completo funcionamento da máquina, em todas as suas possibilidades, junto ao fornecedor deste equipamento, levando-a acarretando à falha na etapa de reconhecimento dos riscos prevista na NR 09, item 9.9.3 “a” (109.060-7). Não identificando o risco impossível se tornou a adoção das medidas de controle necessárias à sua eliminação, descumprindo-se também, em consequência, item 9.3.5.1 e alíneas da NR 09.

Os sistemas de segurança da máquina adquirida pela empresa (Estação BOX1 Lixadeira 5PS4), por sua vez, ante a situação anormal de trabalho criada pela necessidade de se desenroscar a chapa a ser lixada, não garantiram a paralisação total dos movimentos perigosos previstos no item 12.39 da NR 12” (g.n.).

A anotação dessa falha quanto à etapa de reconhecimento dos riscos prevista na norma regulamentar de saúde e segurança do trabalho, demonstra, ao menos no que concerne ao incidente aqui em epígrafe, a ausência da necessária ‘*compliance*’ por parte da empregadora em relação ao cumprimento da legislação incidente sobre o segmento específico de atividade por ela exercido.

À semelhante conclusão chegou a *Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA*, que elaborou relatório do acidente desaguando na conclusão de que (id n. 13354926):

“Verificou-se através dos testes realizados que o ocorrido se deu devido ao equipamento, mesmo em manual, ter finalizado o ciclo de trabalho que estava memorizado e interrompido pelo sensor atuado. *Com isto verificou-se que o procedimento adotado não é seguro, sendo necessário realizar a revisão do mesmo fazendo com que a máquina fique totalmente inativa quando for realizar alguma atividade na mesma*” (g.n.).

Em sentido coerente, posta-se a conclusão que emergiu da avaliação pericial realizada nestes autos, em que, ainda uma vez, se atesta para a inobservância, por parte da empregadora, da adoção de sistemática segura para o manejo do equipamento (id n. 30450391):

“Ao realizar a ADC este expert verificou que a causa do acidente está no procedimento inseguro adotado pela empresa, no qual mantém a máquina ligada no módulo manual enquanto permite ao funcionário desenrosque a chapa do processo, pois utilizando deste procedimento entende ganhar tempo e aumento de produção.

Como sugerido no plano de ação do Relatório da CIPA a empresa deveria adotar o procedimento de bloqueio no botão de partida do processo, conforme determina a NR 12, portaria 3.214/78 do M.T.E, de forma que a máquina seria desligada quando enroscasse a chapa e seria ligada somente após (p/r pessoa responsável pelo bloqueio) o aviso de que a chapa foi desenroscada, desta forma eliminando o risco de acidente” (g.n.).

Para, mais adiante, concluir o vistor judicial que, *verbis*:

“Após a investigação do acidente baseado nos documentos anexados nos autos, este *expert* conclui de que a empresa assumiu o risco da ocorrência de acidente *ao adotar o procedimento inseguro no qual mantém a máquina ligada no módulo manual, enquanto permite ao funcionário desenrosque a chapa do processo, pois utilizando deste procedimento entende ganhar tempo e aumento de produção.*

Tal conclusão tem o mesmo direcionamento do plano de ação da CIPA a qual determina o uso de bloqueio, conforme determina a NR 12, portaria 3.214/78 do M.T.E, de forma que a máquina seria desligada quando enroscasse a chapa e seria ligada somente após o aviso (p/r pessoa responsável pelo bloqueio) de que a chapa foi desenroscada, desta forma eliminando o risco de acidente” (g.n.).

Com tais observações, colhidas em ambiente de contraditório pleno, ambas as partes admitidas a acompanhar a elaboração da prova em juízo, é de prevalecer a conclusão, subscrita pela autarquia promovente, no sentido de que, no caso, está efetivamente presente a responsabilidade patronal em relação ao evento.

Mais do que isso, análise do extenso conjunto probatório amalhado em instrução, dá conta de que, efetivamente, quanto ao aspecto realçado nos trabalhos técnicos, não houve, de parte da empresa empregadora, adoção da metodologia segura de manuseio do equipamento em que se deu o sinistro, segundo, praticamente, o consenso dos especialistas em segurança do trabalho que analisaram o acidente. Circunstância essa que, não há como negar, implica, no particular, substancial desatenção aos preceitos regulatórios da medicina e segurança do trabalho, porquanto presente situação de desempenho de atividade laborativa sem a devida atenção ao adequado manuseio dos riscos associados àquela natureza de atividade, em aberta contraveniência àquilo que dispõe a legislação (art. 157, I da CLT).

De modo que, à revelia da demonstração, pela empresa, no curso da instrução processual aqui encetada, da adoção de procedimento seguro para a operação do equipamento aqui em questão, encontra-se satisfatoriamente demonstrada a efetiva existência de culpa da empregadora a disparar o seu dever de indenizar.

É certo, por outro lado, que não se pode deixar de objetar com algum tipo de culpa *concorrente* da própria vítima, no que se predispôs a manipular equipamento industrial pesado, valendo-se de parte do próprio corpo (pé e perna) para provocar a liberação do sistema, de molde a potencializar, de forma relevante, os riscos – já habitualmente bastante expressivos – durante a operação do equipamento. Nesse sentido, não há como não considerar aquilo que consta do *laudo parcial* ofertado pelo *assistente técnico* indicado pela ré, no que afirma que o empregado sinistrado contribuiu com o agravamento dos riscos ao se valer de emprego de procedimento improvisado, para destravamento do sistema (id n. 31784285):

“Nesta atuação utilizou o próprio pé para impactar ou empurrar a chapa de MDF para a liberação do sistema, caracterizando fator de segurança hiper relevante no disparo do movimento de fechamento do alçapão que veio a atingir sua perna (fêmur) resultando graves lesões (osso fêmur direito). Esta atitude não consta e não é solicitada em nenhum procedimento operacional utilizado pela empresa” (g.n.).

Mais adiante, afirma o laudo parcial que, *verbis*:

“Nessas condições ofertadas pelos documentos e oportunas vistorias, podemos somente admitir que o ingresso em sítios internos e alcançáveis por partes móveis da máquina, teria

sido uma atitude desprovida de responsabilidade profissional, principalmente pelo uso do pé à guisa de instrumento de impacto e para empurrar a chapa, quando assumiu o risco, independentemente de procedimentos operacionais, determinados pela sua habilitação e tempo de comando dessa lixadeira e instruções recebidas ao longo da sua atuação na máquina” (g.n.).

Ainda que o emprego de partes do corpo para atuação direta em maquinismo pesado, de grandes dimensões, revele *conduta imprudente*, que se posta ao arrepio do senso comum de qualquer pessoa que esteja sujeita a este tipo de atividade, o certo é que, dado ao regime de responsabilidade que emerge desses tipos de evento lesivo, essa circunstância não elide a responsabilidade do empregador, até porque, como já visto e certificado a partir da ampla instrução processual aqui encetada, a *causa determinante* do acidente aqui reportado foi a inobservância, por parte da empregadora, da adoção de sistemática segura para o manejo do equipamento em que ocorreu o acidente. Entretanto, e embora não elida a responsabilidade daquele que, por sua omissão negligente, foi o causador do dano, é possível o *compartilhamento do prejuízo* com a própria vítima, que, por seu turno, também colaborou para a ocorrência do sinistro, a partir, como no caso, de sua conduta imprudente ou imperita no manuseio do aparato em que se deu o desastre. Nesse sentido, bem leciona a doutrina do Direito Civil que:

“Ordinariamente, em caso de concorrência de culpa, o julgador divide a indenização, e só impõe ao agente causador do dano o ônus de reparar por metade o prejuízo, deixando que a vítima arque com a outra metade. Assim, por exemplo, se na colisão entre um veículo de passeio e um caminhão, ambos trafegando em alta velocidade, aquele ficou praticamente destruído, a indenização pleiteada deve ser concedida por metade, ante a prova de culpa de ambos os motoristas. E o acórdão que decidiu a demanda proclamou a tese de que “tendo havido concorrência de culpa a responsabilidade também se reparte” (RT, 221/220).

Todavia, a despeito da oposição de alguns escritores, a divisão da indenização, quando autor e vítima são culpados, não precisa, necessariamente, ser feita por metade, podendo variar segundo o grau de culpabilidade de qualquer das partes. Essa é a lição, entre outras, de AGUIAR DIAS (Responsabilidade Civil, v.II, n. 221), expresso ao declarar que “a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos”. Esta é, por igual, a lição de CUNHA GONÇALVES (Tratado de Direito Civil, v. XII, t.II, São Paulo, 1957, n. 1.906) e de muitos outros.

“A melhor rotina é a que propõe a partilha dos prejuízos: em partes iguais, se forem iguais as culpas ou não for possível em provar o grau de culpabilidade de cada um dos co-autores; em partes proporcionais aos graus das culpas, quando estas forem desiguais. Note-se que a gravidade da culpa deve ser apreciada objetivamente, isto é, segundo o grau de causalidade do *acto* de objetivamente, isto é, segundo o grau de causalidade do *acto* de cada um. Tem-se objetivado contra esta solução que ‘de cada culpa podem resultar efeitos mui diversos, razão por que não se deve atender á diversa gravidade das culpas’; mas, é evidente que a reparação não pode ser dividida com justiça sem ponderar essa diversidade”.

Problema de grande interesse é o de fixação do grau de culpa da vítima, em face do grau de culpa do agente causador do dano, e uma tese muito sustentável é *aquela segundo a qual o julgador deverá repartir pela metade a indenização, se não houver prova objetiva da maior culpabilidade de uma das partes*” (g.n.).

[SÍLVIO RODRIGUES, “Direito Civil – Responsabilidade Civil”, v. 4, 17ª ed., rev., at., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 166-68].

No mesmo sentido, também a posição de SÍLVIO DE SALVO VENOSA:

“Quando há culpa concorrente da vítima e do agente do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de

responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa” (g.n.).
[Código Civil Interpretado, São Paulo: Atlas, 2010, p. 856].

Em precedente específico, o *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, já teve a oportunidade de se manifestar quanto ao fato de que a culpa concorrente da vítima não exclui o dever de indenizar do empregador, mas permite a redução do valor pleiteado em indenização. Nesse sentido, arrola precedente ([APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006870-89.2011.4.03.6100/SP – 2011.61.00.006870-5/SP; RELATORA: Desembargadora Federal CECILIA MELLO, APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ADVOGADO : MARTA VILELA GONCALVES e outro(a) : SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR, APELANTE : FORNAX EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., ADVOGADO : SP132306 CARLOS DAVID ALBUQUERQUE BRAGA e outro(a), APELANTE : HSM SERVICOS DE ENGENHARIA LTDA., ADVOGADO : RJ077096 SAMUEL CABRAL BOURGUIGNON e outro(a), APELADO(A) : EIKO ENGENHARIA E INSTALACOES LTDA, ADVOGADO : SP159569 SANDRA MARIA RIBEIRO PENNA TEIXEIRA e outro(a), APELADO(A) : CAMPOS MACIEL SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA., ADVOGADO : RJ071956 ANTONIO ALVES ROLIM e outro(a), No. ORIG. : 00068708920114036100 7 Vr SAO PAULO/SP]):

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO - AÇÃO REGRESSIVA AJUIZADA PELO INSS - NEGLIGÊNCIA DA RÉ QUANTO ÀS NORMAS PADRÃO DE SEGURANÇA DO TRABALHO COMPROVADA - JUROS DE MORA - PRELIMINARES REJEITADAS - APELO DA HSM PARCIALMENTE PROVIDA - APELOS DO INSS E DA FORNAX IMPROVIDOS - ERRO MATERIAL CORRIGIDO, DE OFÍCIO - SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE.

“1. O NCPC, conquanto se aplique imediatamente aos processos em curso, não atinge as situações já consolidadas dentro do processo (art. 14), em obediência ao princípio da não surpresa e ao princípio constitucional do isolamento dos atos processuais. Assim, ainda que o recurso tivesse sido interposto após a entrada em vigor do NCPC, o que não é o caso, por ter sido a sentença proferida sob a égide da lei anterior, é à luz dessa lei que ela deverá ser reexaminada pelo Tribunal, ainda que para reformá-la.

2. A inclusão das denunciadas no polo passivo da ação na qualidade de litisconsortes passivas observou a regra do artigo 75 do CPC/1973, segundo a qual, feita a denunciação pelo réu, “se o denunciado aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado” (inciso I). Não há, pois, qualquer irregularidade que justifique a anulação do feito, ainda mais porque a sentença recorrida reconheceu a responsabilidade das empresas apelantes.

3. E a sentença que condenou as corrés FORNAX, HSM e EIKO, de forma solidária, a ressarcir metade do valor desembolsado pelo INSS não extrapolou os limites do pedido, pois, em relação ao autor, reconheceu o seu direito de ser ressarcido por parte dos valores desembolsados com o pagamento da pensão por morte e, em relação às denunciadas FORNAX e HSM, reconheceu a sua contribuição com o acidente que resultou na morte do segurado Reinaldo Pereira Carneiro, condenando-as a ressarcir o erário juntamente com a ré EIKO, de forma solidária.

4. A cobertura do Seguro Acidente do Trabalho - SAT somente ocorre nos casos de culpa exclusiva da vítima, de caso fortuito ou de força maior, razão pela qual o recolhimento da contribuição ao SAT não exclui a responsabilidade da empresa pelo ressarcimento, ao INSS, de despesas com o pagamento de benefício decorrente de acidente de trabalho, quando comprovado o dolo ou a culpa do empregador. Nesses casos, a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 120, prevê a hipótese de ajuizamento de ação regressiva pelo INSS.

5. E não se verifica qualquer inconstitucionalidade, vez que a regra contida no art. 120 da Lei nº 8.213/91 foi editada em conformidade (i) com o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que, ao reconhecer o direito do trabalhador ao seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador, não excluiu deste a obrigação de indenização nos casos em que incorra em dolo ou culpa, e (ii) com o artigo 201, parágrafo 10, da Magna Carta, que deixou para a lei a tarefa de disciplinar a cobertura do risco de acidente do trabalho.

6. No caso, *o conjunto probatório dos autos não deixa dúvida de que houve culpa do segurado - que não obedeceu a sinalização e adentrou em local proibido -, mas não exclusiva*, pois houve negligência das empresas EIKO, FORNAX e HSM. Pelo acidente que resultou na morte do segurado Reinaldo Pereira Carneiro deve ser atribuída (i) à FORNAX a responsabilidade pela deficiência de comunicação, insuficiência de sinalização e supervisão da obra e falha de coordenação, (ii) à HSM a responsabilidade pela falha no transporte de materiais, deficiência de comunicação e insuficiência de sinalização e (iii) à EIKO a responsabilidade pela ausência ou insuficiência de supervisão e ausência ou insuficiência de treinamento.

7. *Considerando que houve culpa da vítima, mas não exclusiva, o ressarcimento ao erário é medida de rigor, mas limitando o montante a ser ressarcido pelas empresas responsáveis à metade do valor desembolsado pelo INSS com o pagamento da pensão por morte.* Precedentes desta Egrégia Corte.

8. Embora tenha a reconhecer, em seu fundamento, o direito do INSS ao ressarcimento de metade do valor desembolsado com o pagamento da pensão por morte do segurado acidentado, a sentença recorrida determinou, em sua parte dispositiva, o ressarcimento de apenas 20% (vinte por cento). Trata-se, pois, de erro material, que deve ser corrigido, de ofício, para adequar a parte dispositiva da sentença ao que foi decidido no seu bojo.

9. Os juros de mora são devidos a partir da citação, nos termos do artigo 219 do CPC/1973 e do artigo 405 do Código Civil de 2002.

10. Preliminares rejeitadas. Apelo da HSM parcialmente provida. Apelos do INSS e da FORNAX improvidos. Erro material da parte dispositiva da sentença corrigida, de ofício. Sentença reformada, em parte” (g.n.).

No caso concreto, considerada – de um lado – a desídia da empregadora, quanto ao procedimento eleito para a utilização do equipamento, e – de outro lado – que a conduta da própria vítima também colaborou, de alguma forma, para a ocorrência do sinistro, a partir de sua atitude imprudente ou imperita no manuseio dos aparatos aplicáveis, com prevalência para a culpa da empregadora, já que é de sua omissão que adveio a *causa preponderante* determinante do resultado, entendo por bem estabelecer, como limite para a indenização a cargo da empregadora do segurado lesado, o percentual de $\frac{2}{3}$ (dois terços: 66,67%) do valor do benefício acidentário que o INSS paga ao segurado.

As prestações *vincendas* serão pagas no 30º dia do mês da competência do pagamento, pena de incidência de juros de mora, nos patamares adiante especificados, a partir da data em que iniciada a competência subsequente. As prestações *vencidas* serão corrigidas monetariamente, desde as datas dos pagamentos realizados pela autarquia previdenciária, de acordo com a orientação atualmente prevalecente, a correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo *E. STF* no julgamento do *RE 870.947*, realizado em *20.09.2017*, bem assim de acordo com o precedente firmado no repetitivo relativo ao *Tema n. 905*, do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. Nesses termos, sobre as prestações vencidas incidirão encargos da forma seguinte:

(a) *prestações vencidas até dezembro/2002*: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) *prestações vencidas no*

período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) prestações vencidas no período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

Por tais razões, e com as limitações aqui delineadas, é que, *ao menos em parte*, se mostra procedente o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, o pedido inicial, com resolução do mérito da causa, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, CONDENO a ré (DURATEX S/A.) a ressarcir o autor (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS), em quantia equivalente a dois terços ($\frac{2}{3}$) do valor pago por este último, a título de benefício acidentário ao segurado da Previdência Social (SANDOVAL CONSTANTINO JÚNIOR). As prestações vincendas serão pagas no 30º dia do mês da competência do pagamento, pena de incidência de juros de mora, a partir da data em que iniciada a competência subsequente. Sobre as prestações vencidas, incidirão juros e atualização monetária, desde a data dos respectivos pagamentos realizados pelo INSS até a data da efetiva implementação dessa decisão, nos termos desta sentença.

Arcará a ré, sucumbente em maior extensão, com as custas e despesas processuais e mais honorários de advogado, que, com base no que dispõe o art. 85, §§ 2º e 3º do CPC, estipulo em 10% sobre o valor atualizado da condenação à data da efetiva liquidação do débito.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL

0000463-95.2019.4.03.6000

Impetrante: RODRIGO MENDONÇA DUARTE

Impetrados: UNIÃO FEDERAL, DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juíza Federal: MARCELA ASCER ROSSI

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/05/2020

SENTENÇA

RODRIGO MENDONÇA DUARTE impetrou o presente MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar, contra ato do DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE/MS, Sr. RODRIGO ALMEIDA MOREL, alegando, em síntese, que a autoridade coatora limitou os atendimentos aos encarcerados, em prejuízo aos Advogados, pois, anteriormente estes atendimentos ocorriam as segundas, terças e sextas-feiras, das 8h às 10h e das 14h às 16h, mas a partir de 11/02/2019 os atendimentos passaram a ocorrer de segunda a sextas-feiras, mas no horário entre 9h e 10h. Sustenta que possui 28 (vinte e oito) clientes na PFCG/MS, sendo que a direção daquele estabelecimento nunca cumpriu o que dispõe o art. 2º, § 2º da portaria DISP n.º 4/2016, que prevê o direito a ter até 3 (três) atendimentos por dia. Aduz que estão sendo violadas as prerrogativas constitucionais asseguradas aos Advogados. Pugna, ao final, seja restabelecida a Portaria DISP n.º 4, de 28 de junho de 2016, assegurando-se o atendimento de até 3 (três) clientes por dia, nas segundas, terças e sextas-feiras, sob pena de perecimento de direito e grave violação do estado democrático de direito.

Pleiteou a concessão de tutela antecipada para que seja suspenso o ato da autoridade coatora que limitou o direito ao atendimento aos seus clientes. Juntou documentos.

O feito foi distribuído para o Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que declinou da competência para este Juízo (ID 27772330, fls. 39/40).

Foi postergada a apreciação da liminar para após a vinda das informações (ID 27772330, fls. 41).

A Autoridade Coatora prestou as informações (ID 27772330, fls. 43/49 e ID 27772522, fls. 01/04) e juntou documentos (ID 27772522, fls. 05/14).

O pedido de liminar foi indeferido (ID 27772522, fls. 17/20).

A União ingressou no feito como assistente litisconsorcial da autoridade impetrada (ID 27772522, fls. 26).

Instado, o MPF manifestou-se pela denegação da ordem (ID 27772522, fls. 32/34).

É um breve relato. Decido.

Ressalte-se, inicialmente, que visando regulamentar o atendimento de advogados aos presos custodiados no sistema prisional federal, foi editada a Portaria DISPF n.º 4, de 8.6.2016.

Ocorre que, referida Portaria n.º 4 foi anulada pela Portaria GM n.º 713, de 27.6.2016, do Ministro de Estado da Justiça e Cidadania.

Diante disso, os estabelecimentos prisionais federais passaram a seguir novamente os parâmetros gerais do Decreto n.º 6.049/2007 (Regulamento Penitenciário Federal).

Posteriormente, foi editada a Portaria MJSP n.º 10, de 4.8.2017, que regulamentou os atendimentos de Advogados, estabelecendo que seria de segunda a sexta-feira, no período matutino.

Entretanto, foi editada a Portaria MJSP n.º 157, de 12.2.2019, disciplinando a visita social aos presos dos estabelecimentos prisionais federais, estabelecendo, em seu art. 4º, que estas devem ocorrer no período vespertino, das 13h às 19h30min. Ainda, esta Portaria revogou a referida Portaria n.º 10, mas nada estabeleceu sobre atendimento jurídico.

Diante disso, conforme informou a autoridade coatora, com a edição da referida Portaria n.º 157, restou apenas o horário matutino para o agendamento de outras assistências aos presos, dentre elas a assistência jurídica, opção feita pelo Diretor da Penitenciária Federal em Campo Grande por critérios de conveniência e oportunidade, diante da falta de disposição expressa na legislação atual acerca do horário de entrevistas dos presos com advogados.

A escolha feita pela autoridade coatora, acerca do novo horário para atendimento de advogados, se submetida ao crivo dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ultrapassa as barreiras da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O novo horário estabelecido mostra-se adequado a garantir aos presos o direito de entrevista pessoal e reservada com seu advogado. Diante da superveniência da Portaria MJSP n.º 157/2019, que alocou as visitas sociais aos presos no período vespertino, inexistiu outro período que não o matutino para a realização do atendimento pelos advogados, que deve ser harmonizado com as demais atividades exercidas na Penitenciária. Por último, a medida é proporcional, uma vez que, retirando os horários vespertinos de atendimento de advogados, amplia os dias de atendimento para todos os dias, de segunda a sexta, ainda que a quantidade de horas reste reduzida em uma pequena proporção.

Dessa forma, tem-se que o ato da autoridade coatora, quanto ao estabelecimento dos dias e horários para a assistência jurídica aos encarcerados, não viola os direitos do preso à entrevista pessoal e reservada com advogado, garantido pelo art. 41, IX, da Lei nº 7.210/1984, como corolário do direito à assistência jurídica prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e o Art. 93 das Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas. Ao contrário, está seguindo os ditames da legislação vigente.

Tampouco o ato da autoridade coatora viola o direito dos advogados de comunicação com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando se encontrarem presos, previsto no art. 7º, III, da Lei n 8.906/1994. Pelo contrário, garante o exercício deste direito, de maneira regrada, coadunando-o com a necessidade de organização das atividades internas e manutenção da segurança na Penitenciária Federal.

Além disto, o impetrado ainda ressaltou que, caso exista alguma situação em que a urgência seja fator determinante no atendimento, com a devida comprovação, é dada preferência ao advogado neste atendimento, conforme previsto no art. 96, §2º, do Decreto nº 6.049/2007.

Ademais, a autoridade apontada como coatora trouxe para os autos documentos (ID 27772522, fls. 05/14) no sentido de que o impetrante realizou 119 (cento e dezenove) atendimentos jurídicos na PFCG/MS, no período de 01/01/2018 a 08/03/2019, sendo que desses atendimentos, 20 (vinte) ocorreram em janeiro e fevereiro deste ano, além dos diversos atendimentos realizados por outra Advogada do mesmo escritório.

Portanto, não se verifica a alegada violação à prerrogativa da atividade advocatícia exercida pelo impetrante pelo ato impugnado, logo incabível a pretensão de restabelecimento da Portaria DISPF n.º 4, de 28 de junho de 2016.

Ante o exposto, DENEGO A SEGURANÇA pleiteada, por inexistir o direito líquido e certo arguido pelo impetrante. Desta feita, declaro o feito resolvido, com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, I, do CPC.

Condeno o impetrante ao pagamento das custas processuais. Deixo de impor qualquer condenação em honorários advocatícios incabíveis, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009, e das Súmulas nº 512, do STF, e nº 105, do STJ.

Sentença que não se sujeita ao reexame necessário, consoante o disposto no rt. 14, 1º, da Lei nº 12.016/2009.

P.R.I.

Campo Grande, 22 de maio de 2020.

Juíza Federal Substituta MARCELA ASCER ROSSI

REINTEGRAÇÃO / MANUTENÇÃO DE POSSE**5000317-67.2019.4.03.6129**

Autora: AUTOPISTA REGIS BITTENCOURT S/A

Réu: JOSÉ MANOEL RODRIGUES

Participante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE REGISTRO - SP

Juiz Federal: GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/08/2020

SENTENÇA

AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT S.A., pessoa jurídica de direito privado, CNPJ n. 09.336.431/0001-06, propôs a presente ação possessória em face de JOSÉ MANOEL RODRIGUES, pedindo a restituição da posse de terreno localizado às margens da rodovia BR-116, na altura do km 497+600m, com ressarcimento dos custos de remanejamento das acessões que se encontram no terreno invadido.

A ação foi originariamente proposta perante a justiça estadual, na 2ª Vara de Jacupiranga/SP.

Narra a petição inicial que a autora é concessionária da rodovia federal BR-116 no trecho compreendido entre São Paulo/SP e Curitiba/PR, tendo identificado a invasão de porção das faixas de domínio e não edificante da rodovia na altura do km 497+600m, pista sul, no município de Cajati/SP, pelo réu JOSÉ MANOEL RODRIGUES.

Assevera ter constatado a existência de acessões na invasão, notificando extrajudicialmente o réu para que desocupasse o imóvel, sem sucesso.

Requeru, assim, a reintegração na posse do imóvel, com condenação do réu na obrigação de ressarcir os custos de desmobilização das acessões irregularmente construídas. Requeru concessão de tutela provisória (id. 17090011, fls. 1-20).

Indeferido o pedido de tutela provisória, determinou-se a citação do réu (id. 17090013, fls. 11-12). Citado (id. 17090013), o réu não apresentou contestação.

Foi realizada audiência de conciliação, com a presença do réu, sem sucesso (id. 17090013, fls. 20).

Realizada perícia técnica, em 17.11.2015, lavrou-se o respectivo laudo (id. 17090013, fls. 67-80).

Proferida sentença na justiça estadual, julgando procedentes os pedidos (id. 17090015, fls. 23-25).

Apelação apresentada pelo réu (id. 17090015, fls. 29), provida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhecendo-a incompetência da justiça estadual para apreciar a matéria (id. 17090015, fls. 48).

Os autos foram remetidos ao e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que anulou a sentença proferida, determinando a remessa do processo à primeira instância da Justiça Federal para regular processamento da ação (id. 17090015, fls. 65).

Os autos foram recebidos nesta Vara Federal em 09.05.2019, notificando-se a UNIÃO e a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, para que manifestassem eventual interesse em integrar a lide (id. 21896159).

A UNIÃO manifestou desinteresse no processo (id. 23061381).

A ANTT afirmou ter interesse em ingressar na lide como assistente simples da autora (id. 24083995).

Realizada audiência de instrução, não compareceram o autor e a ANTT (id. 29268228).

As partes foram intimadas para apresentar alegações finais escritas (id. 35548690). A parte autora o fez (id. 36813012), enquanto as demais partes permaneceram inertes (id. 37217526).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

1. Preliminares e Prejudiciais.

1.1. Da Convalidação dos Atos Processuais.

Inicialmente firmo a convalidação dos atos processuais praticados na justiça estadual, com fundamento no Código de Processo Civil, art. 64, §4, por não enxergar prejuízo às partes ou ao assistente, uma vez que foram observados o contraditório e a ampla defesa naquela sede.

Fica convalidado, inclusive, o pedido de gratuidade de justiça feito pelo réu em audiência de conciliação realizada na justiça estadual.

Presentes os pressupostos de existência e os requisitos de desenvolvimento válido do processo, integrado o contraditório e exercida a ampla defesa, ausentes outras questões preliminares, passo à análise do mérito.

2. Mérito.

Inicialmente cabe ressaltar que se trata, aqui, de *ação possessória*, ou seja, de pretensão cuja causa de pedir é a violação do suposto direito de posse exercido pela autora sobre a área controvertida, pelo réu.

Relembro, aqui, o pedido feito pela parte em sua petição inicial:

“Postula, ainda, o acolhimento dos argumentos supra elencados, para que Vossa Excelência torne definitiva a decisão liminar de reintegração na posse, para, ao final, julgar procedente o pedido da presente ação, com condenação do Réu ao ressarcimento dos custos decorrentes do remanejamento das instalações que se encontram sobre o terreno invadido, além da condenação em custas e honorários advocatícios” (id. 17090011, fls. 19).

As ações possessórias tutelam o *jus possessionis*, o direito de posse em si, que decorre do exercício de fato, em nome próprio, de algum dos poderes inerentes à propriedade (Código Civil, arts. 1196 e 1204).

O regime jurídico possessório, no direito brasileiro, atrai proteção legal à situação de fato consolidada pelo exercício da posse, afirmando o Código Civil, art. 1210, que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”, redação repetida em sua essência pelo CPC, art. 560.

Nesse passo, a legislação processual civil prevê a existência das chamadas ações possessórias, que tratam das possíveis situações de crise no direito de posse: o esbulho, a turbação e a ameaça.

O esbulho é a privação da posse, sua perda. Enseja, como defesa, o ajuizamento de ação de *reintegração de posse*; a turbação, por sua vez, não é a perda ou retirada da posse, mas sim o incômodo, o embaraço ao exercício da posse. Tem como instrumento de defesa a ação

de *manutenção de posse*; a ameaça à posse caracteriza-se pela existência de atos concretos orientados à criação de situação de esbulho ou turbação possessória, e é defendida através do *interdito proibitório*, espécie de ação inibitória, de caráter preventivo.

O Código de Processo Civil, com os olhos na proteção possessória prevista no Código Civil, criou rito especial para as ações possessórias, condicionado ao ajuizamento da pretensão no prazo de ano e dia (CPC, art. 558). No caso de propositura da ação após esse prazo, mantém-se a causa de pedir e o pedido de natureza possessória, mas adota-se o procedimento comum (CPC, art. 558, p. único).

Como consignado no relatório, a autora afirma que o réu teria invadido porção da faixa de domínio e da faixa não edificante da BR-116, imputando a JOSÉ MANOEL RODRIGUES, assim, o esbulho possessório de bem imóvel pertencente ao DNIT, que se encontrava na posse direta da área, em razão do regime de concessão administrativa.

O pedido possessório, no contexto da ação de reintegração, deve ser fundamentado na afirmação de existência de posse do autor sobre a coisa, perdida em razão da atuação ilícita do esbulhador.

Entretanto, no caso em tela só se vislumbra a existência de posse nessas condições em parcela da área ocupada pelo réu, razão pela qual a ação deve ser julgada parcialmente procedente.

Foi realizada perícia técnica judicial, em 17.11.2015, afirmando o perito expressamente em seu laudo que “a área ocupada pelo requerido perfaz 1.969,00m² distribuídos entre a faixa de domínio da rodovia e a faixa não edificante”.

O perito ressalta ainda que “o requerido possui 3 (três) edificações, *todas construídas no interior da faixa não edificante*”.

Nesse ponto cabe definir, juridicamente, as figuras da faixa de domínio e da faixa não edificante de uma rodovia.

A faixa de domínio é a “base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras de arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo”¹

Em outras palavras, é a área adjacente à pista de rolamento da rodovia, de propriedade do ente público, que tem por escopo garantir a operação, a segurança e a preservação da rodovia.

A faixa não edificante, por sua vez, é a área adjacente à faixa de domínio, sobre a qual incide limitação administrativa consistente na proibição de criação de acessões.

A limitação administrativa em referência foi criada pela L6766, art. 4, III, prevendo-se uma faixa mínima de 15 (quinze) metros onde incidirá a proibição a construções.

Perceba-se que, ao contrário da faixa de domínio, que é propriedade do ente público instituidor da rodovia, a faixa não edificante não implica translação da propriedade da área ao Poder Público, permanecendo na esfera de domínio daquele que já era proprietário anteriormente à sua instituição, passando este a conviver com a restrição ao gozo da propriedade decorrente da limitação administrativa.

A análise deve ser distinta, pois, para a área ocupada pelo réu na faixa de domínio e para a área ocupada na faixa não edificante.

1 DNIT, Glossário de Termos Técnicos Rodoviários.

2.1. Faixa Não Edificante.

O pedido de restituição da faixa não edificante deve ser julgado improcedente, por uma razão simples: a autora jamais teve a posse da área pretendida.

Como já afirmado, a faixa não edificante não implica em desapropriação de sua área de incidência, ou de translação de propriedade do imóvel para a Administração. Trata-se apenas de intervenção do Estado no direito de propriedade, que limita o alcance deste direito, ao proibir a criação de acessões.

Não existe nos autos nenhuma prova de que a autora, o DNIT ou a UNIÃO tenham exercido posse sobre a área não edificante. Ao contrário, o que o laudo pericial afirma é que o autor “ocupa a área litigiosa há aproximadamente 40 anos, onde edificou casa de moradia, um pequeno paiol e um depósito.” (id. 17090013, fls. 74).

Ressalto que este juízo considera verdadeiras as conclusões do perito judicial, a despeito da existência de informações contraditórias, trazidas ao processo pela autora.

A Concessionária não parece ter certeza das reais dimensões da faixa de domínio e da área não edificante, uma vez que em 3 (três) ocasiões distintas forneceu informações conflitantes acerca do tamanho das referidas áreas:

- Inicialmente afirmou que a faixa de domínio teria 40 (quarenta) metros de largura, sem fornecer informações sobre o tamanho da faixa não edificante, dizendo que as construções do autor teriam invadido ambas as faixas (id. 17090011, fls. 99 e 17090013, fls. 3);

- Durante a audiência de instrução realizada na justiça estadual a autora pediu prazo de 90 (noventa) dias para elaboração de “consulta junto ao DNIT quanto ao eixo da rodovia no local, bem como para fazer nova topografia” (id. 17090013, fls. 20). Como resultado, apresentou croqui em que consta faixa de domínio de 40 (quarenta) metros, e faixa não edificante de 15 (quinze) metros, consignando, entretanto, que as edificações do autor não teriam invadido a faixa de domínio, localizando-se exclusivamente na faixa não edificante (id. 17090013, fls. 26).

- Após o declínio do processo à Justiça Federal e a realização de audiência de instrução e julgamento, apresentou nova informação em que consta que “do lado direito a distância da faixa ao eixo da pista sul, sentido SP/PR, entre os kms 497+310m e 498+053 é de 40 metros a 193 metros, atingindo na altura do km 497+830m a distância de 164 metros” (id. 29652826, fls. 2).

De outro vértice, o laudo pericial, elaborado por profissional técnico habilitado, não teve as conclusões acerca da localização imóvel impugnadas pela autora à época de sua produção, sendo considerado por este juízo, portanto, descrição fidedigna das condições físicas do imóvel objeto desta ação.

Assim, não havendo posse pretérita da área pretendida pela autora, não há como ser acolhido o pedido de reintegração de posse trazido na inicial.

Não se ignora que o que a autora pretende, ao fim e ao cabo, é remover o autor da faixa não edificante, demolindo as acessões ali existentes, com escopo de consolidar as condições de segurança do tráfego rodoviário naquele ponto.

Entretanto, no processo civil as partes são responsáveis pelo que pedem, não cabendo a este juízo adequar pedido que foi feito pelo autor de forma consciente e correta, segundo suas pretensões.

Perceba-se que não há sequer pedido demolitório no bojo da demanda, tendo o autor requerido a condenação do réu nos custos de desmobilização das acessões feitas no local, o que exprime mais um caractere da ação possessória, uma vez que o CPC, art. 555, I, admite que o autor, em ações desta natureza, requeira indenização por perdas e danos causados pelo esbulho.

O erro do autor da ação quanto à análise do contexto fático e jurídico subjacente à sua pretensão não autoriza o magistrado a adaptar o pedido trazido na petição inicial. O autor entendeu que tinha direito à proteção possessória da área, e por isso propôs ação de reintegração de posse.

Ressalvo que, considerada a natureza potestativa da limitação administrativa, caso a autora pretenda remover as acessões do réu da faixa não edificante poderá promover nova ação com esse propósito, ciente de que o surgimento de danos ao proprietário do imóvel em razão de limitação administrativa enseja indenização, nos termos do D3365/41, art. 10, p. único.

2.2. Da Faixa de Domínio.

A faixa de domínio, como já afirmado, é de propriedade do ente público instituidor da rodovia, no caso concreto o DNIT, autarquia federal que tem por escopo, dentre outras funções, gerenciar o sistema de transportes terrestres do país.

Reitera-se que, para exercício da pretensão possessória, com fundamento no *jus possessionis*, cabe ao autor demonstrar a existência de posse pretérita, e sua perda pela atuação ilícita do esbulhador.

No caso concreto, o laudo técnico pericial consigna que o réu ocupa a área há cerca de 45 (quarenta e cinco) anos, não havendo informações acerca da situação possessória da área no período anterior a essa data, sem que se saiba se por ocasião da aquisição da posse por JOÃO MANOEL RODRIGUES o imóvel estava em posse da UNIÃO ou de terceiros, com *accessio possessionis* para o réu.

Fixada a inexistência de indícios de esbulho possessório praticado pelo réu, deve ser destacado que a posse do imóvel por JOSÉ MANUEL RODRIGUES se iniciou, segundo o laudo pericial, antes da edição da L6766/79, que instituiu as faixas de não edificação.

Daí não se extrai, entretanto, que a reintegração da posse da área deva ser julgada improcedente.

A despeito do réu ocupar a área desde a década de 70, sem que haja notícia de que a UNIÃO tenha exercido a detenção física do imóvel nesse período, é incontestável que a posse da faixa de domínio é da UNIÃO.

Não há qualquer informação nos autos acerca da propriedade da área. Igualmente, não se sabe se à época em que JOSÉ MANUEL RODRIGUES adquiriu a posse do imóvel ele já era propriedade da UNIÃO. Entretanto, ambos cenários levam a desfecho semelhante.

Caso a área fosse propriedade da UNIÃO à época da ocupação pelo réu, é amplamente sabido que o exercício de algum dos poderes da propriedade sobre bem público não implica em posse, uma vez que esses atos serão praticados em decorrência de mera tolerância do Poder Público, o que não induz posse (CC, art. 1208).

O que haveria, assim, é a figura da detenção, sendo esse o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, exposto no enunciado 619 de sua Súmula, que afirma que “a ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.”

De outro vértice, caso se considere que a área não era propriedade da UNIÃO por ocasião do início da posse do réu, a aquisição da propriedade pelo ente público implicou automaticamente na aquisição da posse pelo constituto possessório, uma vez que o procedimento da desapropriação tem em seu bojo, implícita, a cláusula *constituti*.

Assim, não restam dúvidas de que há posse do ente público sobre a área, transferida à autora por força contratual, merecendo acolhida o pedido de reintegração.

2.3. Da Indenização.

A autora requereu, na petição inicial, a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos custos de desmobilização das acessões existentes na área supostamente invadida.

Entretanto, como já afirmado, o laudo pericial constatou que as acessões estão todas construídas na faixa não-edificante, cuja reintegração foi julgada improcedente.

Assim, não há que se falar em condenação do réu à indenização.

Quanto ao pedido do réu, positiva o CPC, art. 556:

Art. 556. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

O artigo admite que o réu apresente pedido contraposto no bojo de ação possessória, instrumentalizando pretensão própria contra o autor.

JOSÉ MANUEL RODRIGUES fez pedido contraposto em sua manifestação defensiva (id. 17090013, fls. 88), requerendo a condenação da autora, no caso de procedência do pedido principal, na obrigação de indenizá-lo pelas benfeitorias edificadas.

O pedido não merece acolhida.

Como já afirmado, não há área a ser reintegrada à posse da ré situada na faixa não edificante, o que geraria a pretensão indenizatória por danos decorrentes da instituição de limitação administrativa (D3365, art. 10-A).

Quanto à área situada na faixa de domínio, não é cabível qualquer indenização, nos termos do Decreto-Lei 9760/46, art. 71:

“Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.”

Destaque-se que a existência de dúvida quando à situação do imóvel por ocasião do início da posse do réu, há mais de 40 (quarenta) anos, não implica em indenização em consequência da reintegração de posse.

Tratando-se de pedido de indenização feito pelo réu, caberia a ele provar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 373, I), qual seja, o exercício da posse em período anterior à aquisição do imóvel pela UNIÃO, o que não foi feito. Nesse caso, a dúvida milita contra sua pretensão.

Assim, deve o pedido ser rejeitado.

3. Dispositivo.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para:

a) reintegrar a autora, AUTOPISTA RÉGIS BITENCOURT S.A. na posse da faixa de domínio atualmente ocupada pelo réu JOSÉ MANUEL RODRIGUES;

b) julgar improcedente o pedido de reintegração de posse da área localizada na faixa não-edificante, atualmente ocupada por JOSÉ MANUEL RODRIGUES;

c) julgar improcedente o pedido de indenização à autora;

d) julgar improcedente o pedido de indenização pela reintegração citada no item “a”, em favor do réu.

Extingo, assim, o processo, com resolução de mérito (CPC, art. 487, I).

Havendo sucumbência recíproca (CPC, art. 86), condeno ao pagamento de custas o réu, na proporção de 50%, e a autora, na proporção de 25%.

Sem custas para a assistente simples (CPC, art. 94 c/c L9289, art. 4, I).

Condeno autor e réu ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 4.850,00 (quatro mil, oitocentos e cinquenta reais) para cada um, equivalentes a 5% do valor do bem imóvel em discussão (id. 17090013, fls. 77), nos termos do CPC, art. 85, §8. Considerando que a avaliação foi feita em novembro de 2015, os valores referentes aos honorários deverão ser corrigidos, pelo IGP-M, índice utilizado na correção de preços de imóveis, até a data desta sentença. Eventual correção monetária incidente sobre períodos posteriores à sentença deverá ser feita nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Concedida a gratuidade de justiça ao réu, os créditos referentes às condenações em custas e honorários advocatícios ficam submetidos à condição suspensiva (CPC, art. 98, §3).

Sem remessa necessária (CPC, art. 496, I).

Oportunamente, com o trânsito em julgado, observadas as formalidades legais, remetam-se os autos ao arquivo.

Publique-se. Intimem-se. Registrada Eletronicamente.

Registro, 25 de agosto de 2020.

GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE - Juiz Federal Substituto

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5000757-45.2019.4.03.6135

Autores: A.R.A.S., M.S.

Réus: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária com pedido de tutela de urgência, por meio da qual a parte autora pretende o afastamento de ato normativo constante das Resoluções nº 2.121/2015 e 2.168/2017, do CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM e respectiva autorização para doação de óvulos de uma irmã para outra irmã, para fins de reprodução assistida e tratamento de fertilização *in vitro*, bem como que a parte ré se abstenha de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção.

Afirma a coautora A.R.A.A. (37 anos de idade), que possui problemas de fertilidade relacionados à idade e à endometriose (*in casu*, endometriose profunda em razão de processo aderencial pélvico importante com bloqueio bilateral das trompas resultando em hidrossalpinge bilateral). Relata que se submeteu em 2014 a uma laparoscopia com ressecção de endometriose intestinal, apêndice, tubária, ovariana, ligamento uterosacro bilateral, ligamento redondo esquerdo, ligamento largo direita e ooforoplastia, conforme relatório médico em anexo.

Em consequência desse procedimento cirúrgico, a requerente não pode mais engravidar pelos meios naturais. Já se submeteu a duas tentativas de fertilização *in vitro* sem sucesso, diagnosticando-se falência ovariana irreversível associada à endometriose pélvica e aos múltiplos tratamentos cirúrgicos.

Nesse contexto, a coautora M.S., sua irmã (32 anos de idade), conforme relatório médico está “(...) *em faixa etária compatível com a doação de óvulos, com prole definida e em bom estado de saúde disposta a passar pelo procedimento para doação de óvulos para à sua irmã em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina*” (Grifo nosso).

Segundo alega, a pretensão de doação de óvulos entre as irmãs encontra óbice nas Resoluções-CFM nº 2.121/2015 e 2.168/2017, cujo item IV, número 2, dispõe sobre a necessidade do anonimato entre o doador de gameta e o receptor de gameta, preservando o sigilo sobre tais identidades: *IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES (...) 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa*”.

Foi proferida decisão indeferindo o pedido de antecipação de tutela de urgência e, tendo pela parte autora sido interposto recurso de agravo de instrumento n. 5022995-33.2019.4.03.0000, no qual foi indeferido o efeito suspensivo perante o Eg. TRF3, mantida na íntegra a decisão deste Juízo Federal agravada.

Houve manifestação da parte autora com informações complementares, principalmente referentes aos dados e consentimento da irmã e coautora M.S..

Citados o Conselho Regional de Medicina de São Paulo – CRMSP e Conselho Federal de Medicina – CFM, foram apresentadas contestações.

Réplicas pela parte autora, reiterando os pedidos da petição inicial e com pleito de “*reanálise do pedido de tutela antecipada considerando a contestação apresentada pelo adverso*”.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – – REPRODUÇÃO ASSISTIDA – FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - DOAÇÃO DE ÓVULOS – RESOLUÇÕES-CFM Nº 2.121/2015 E 2.168/2017 – GARANTIA DO ANONIMATO – CASO CONCRETO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - PLANEJAMENTO FAMILIAR

Em sede de apreciação do pedido de tutela de urgência, este Juízo deliberou em sede de cognição sumária no sentido de que, apesar da relevância dos fatos e fundamentos trazidos na petição inicial, bem como da sensibilidade da matéria envolvida, tratando-se de pedido de afastamento da aplicação de ato administrativo (“*autarquia requerida se abstenha de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção*”), afigurava-se imperativo o exercício do contraditório e dilação probatória pelas partes.

Isto porque, a princípio, os atos emanados da Administração Pública gozam de presunção de veracidade, legitimidade e legalidade, de maneira que a atuação do Poder Judiciário se justifica, exemplificadamente, em casos de infração à lei e abuso de poder, sobretudo em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) aliado ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º).

E pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi confirmada na íntegra a decisão deste Juízo, através do Agravo de Instrumento n. 5022995-33.2019.4.03.0000.

Com efeito, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário limita-se a hipóteses em que se verifica ilegalidade ou abuso de poder. Sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. (...). ALEGAÇÃO DE INCURSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CHAMADO MÉRITO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PODER PÚBLICO E A QUEM QUER QUE SEJA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...).

3. Outrossim, a antiga doutrina que vedava ao Judiciário analisar o mérito dos atos da Administração, que gozava de tanto prestígio, não pode mais ser aceita como dogma ou axioma jurídico, eis que obstaria, por si só, a apreciação da motivação daqueles atos, importando, *ipso facto*, na exclusão apriorística do *controle dos desvios e abusos de poder*, o que seria incompatível com o atual estágio de desenvolvimento da Ciência Jurídica e do seu propósito de estabelecer *controles sobre os atos praticados pela Administração Pública, quer sejam vinculados (controle de legalidade), quer sejam discricionários (controle de legitimidade)*.

4. Agravo Regimental da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Paraná desprovido”. (Superior Tribunal de Justiça, AARESP 201001788820, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJE de 14.09.2012 – Grifo nosso).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REGULAR TRAMITAÇÃO.

1- A Administração Pública, no âmbito do processo administrativo, deve observar os princípios da legalidade, da razoabilidade e da eficiência (art. 2º, caput, da Lei 9784/99).

2- Em que pese o reconhecimento de certa discricionariedade à autoridade administrativa julgadora, especificamente no tocante à oportunidade da decisão do processo administrativo, esta não pode vir a constituir abuso de direito, em prejuízo do administrado, o qual, por

caracterizar ato ilícito, fica sujeito ao controle pelo Poder Judiciário.
(...).

4- Remessa oficial improvida.”

(TRF3 - REOMS 200561000155663, Juiz Leonel Ferreira, JUDICIÁRIO EM DIA - Turma D, DJF3 CJ1 de 30.11.2010 – Grifo nosso).

Em relação às *limitações de saúde* que motivaram a realização do procedimento médico-hospitalar de doação de órgãos (óvulos), consta da petição inicial que “*Em 2014 se submeteu a uma laparoscopia com ressecção de endometriose intestinal, apêndice, tubária, ovariana, ligamento uterosacro bilateral, ligamento redondo esquerdo, ligamento largo direita e ooforoplastia, conforme relatório médico*”, sendo que “*Em consequência desse procedimento cirúrgico resultou que a primeira requerente não pode mais engravidar pelos meios naturais. Até então não tem filhos.*”. (Grifo nosso).

Ainda, que a “*primeira requerente não desistiu da expectativa e o desejo de ser mãe conquanto a realização pessoal mais importante de sua vida. A maternidade é um sonho que pretende se torne realidade e assim poder gerar o seu primeiro filho*”. (Grifo nosso).

Aduzem as autoras que “*pretende a primeira requerente planejar a sua família que para tanto conta com o altruísmo de sua irmã, segunda requerente, que figura no polo ativo para que o Juízo permita possa ser a doadora de óvulos para a esperada realização da maternidade*”, todavia, “*a doação de óvulos por pessoa conhecida encontra óbice por conta da Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.*”. (Grifo nosso).

Dispõem as *Resoluções-CFM nº 2.121/2015 e 2.168/2017, item VI, número 2*:

“IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

(...)

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”.

Ocorre que, no presente caso, a atuação e o controle do Poder Judiciário se legitima para fins do reconhecimento da parcial procedência do pedido da parte autora, ante o patente risco de a norma do Conselho Federal de Medicina – CFM preterir o DIREITO À VIDA e o DIREITO À SAÚDE estampados na Constituição Federal de 1988, o que não se deve admitir ante flagrante ilegalidade:

“DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Grifo nosso).

Apesar do zelo e da cautela constantes da *Resolução CFM nº 2121/2015, item IV, número 2*, segundo consta sucedida pela *Resolução CFM nº 2.168/2017*, verifica-se caso em concreto de

planejamento de reprodução familiar assistida, através da doação óvulos entre membros da mesma família (duas irmãs), com consentimento recíproco entre todas as pessoas envolvidas, inclusive com a amparo em laudos médico e psicológico.

Consta dos autos declaração da coautora irmã Sr^a M.S.T. “de 32 anos... c/ prole definida e em bom estado de saúde, disposta a passar pelo procedimento para doação dos óvulos à sua irmã, em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina”, bem como demais documentos que demonstram a maioridade e capacidade das pessoas envolvidas para todos os atos da vida civil, sua voluntariedade e consentimento expresso para com os procedimentos médico-hospitalares necessários, não se verificando qualquer vício de consentimento ou óbice legal aos atos pretendidos pela parte autora.

Por conseguinte, impõe-se a priorização e preservação do inviolável DIREITO À VIDA (CF, art. 5º, caput e inciso X) e do DIREITO À SAÚDE (CF, art. 196), bem como do PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III), com relativização dos direitos ao anonimato e ao sigilo almejados por questões éticas nas Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, em decorrência de evidente necessidade da ponderação dos princípios e valores envolvidos em aparente conflito, segundo a doutrina do alemão ROBERT ALEXY.

Com efeito, tratando-se de pessoas irmãs, com comprovado histórico médico de impossibilidade de geração de filhos por meios exclusivamente próprios, não deve prevalecer a aplicação da “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida” consubstanciado nas Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2, hipótese em que a preservação de sigilo entre doador e receptor estaria sendo priorizada em detrimento do DIREITO À VIDA que se pretende exercer a partir da reprodução assistida através da doação de óvulos entre irmãs, o que não se deve admitir ante a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme restou evidenciado a partir do conjunto probatório produzido nos autos, em razão de condições de idade e de identificadas limitações de saúde, a doação de órgãos (óvulos) se encontra recomendada por ATESTADO MÉDICO e também por PARECER PSICOLÓGICO, a partir da devida aferição por exames clínicos, de maneira que a norma acessória do CRM (direito ao sigilo entre doador e receptor) não deve preponderar sobre a norma principal (direito à vida) insculpida na Constituição Federal (CF, art. 5º, caput e inciso X).

Segundo o acervo documental que instrui os autos, constam:

(i) DOCUMENTOS PESSOAIS das autoras A.R.A.S. (nascida em 23/01/1982) e M.S.T. (nascida em 07/05/1987), em que se evidencia a maioridade e aptidão para exercerem pessoalmente os atos da vida civil (CC, art. 4º, inciso I);

(ii) DECLARAÇÕES de consentimento e voluntariedade entre as autoras, doadora e receptora dos óvulos, que materializam a ausência de qualquer vício de vontade entre as pessoas envolvidas no procedimento médico-hospitalar de doação de óvulos;

(iii) ATESTADO MÉDICO: “Paciente [A.R.A.S.] com 37 anos e quadro de infertilidade primária (sem filhos) há anos, já submetida a 2 tentativas de fertilização in vitro sem sucesso, evoluiu com diagnóstico de falência ovariana irreversível associado a endometriose pélvica e múltiplos tratamentos cirúrgicos, com indicação de fertilização in vitro com óvulos doados (...) tem irmã de 32 anos, portanto em faixa etária compatível com doação de óvulos, com prole definida e em bom estado de saúde, disposta a passar pelo procedimento para doação de óvulos à sua irmã, em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina. Dr. F.B.L. – Reprodução Humana e Videoendoscopia – CRM 82473. 26/09/19” (fl. 31 – ID 19609316), e

(iv) *PARECER PSICOLÓGICO*: “(...) O casal já passou por inúmeras tentativas de fertilização, tanto natural quanto em processo assistido e não tiveram sucesso. (...) Avaliei o discurso de ambos e eles estão cientes de todo o processo de se gerar uma criança com material biológico de uma pessoa conhecida e da mesma família. Foi esclarecida a necessidade de acompanhamento psicológico tanto da doadora quanto da geradora durante todo o tratamento a gestação e o puerpério. Os três estão cientes da complexidade do processo e de que é fundamental um acompanhamento psicológico para um bom desenvolvimento psíquico do caso (...) 15 de julho de 2019. A.C.B.M.B - CRP 06/6719.” (fl. 32 – ID 19609329).

Pelo que se infere dos autos, faz-se ainda possível se verificar que *pelas autoras houve tentativas e o exaurimento das possibilidades de reprodução natural a partir dos métodos convencionais, ou seja, sem intervenção médica ou assistência e de terceiros*. Todavia, apesar da idade ainda considerada de *juventude adulta*, em virtude de *peculiaridades orgânicas e de saúde das autoras*, conforme documentos médicos se concluiu pela *limitação na reprodução por meios exclusivamente próprios*, o que deu ensejo à procura pela *realização dos procedimentos de reprodução assistida a partir da doação de óvulos entre as irmãs, com amparo em ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO*.

Outrossim, inclusive *sob invocação do já referido princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*, e ainda no *princípio da “paternidade responsável”*, dispõe a *Constituição Federal*, art. 226, §7º que o “o *PLANEJAMENTO FAMILIAR* é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado .(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (Grifo nosso).

Por sua vez, também o *Código Civil* estabelece no art. 1.565 que “o *PLANEJAMENTO FAMILIAR* é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito”, nos seguintes termos:

“Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (...)

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (Grifo nosso).

Ainda, a *Lei n. 9.262/1996*, que “trata do *planejamento familiar*, estabelece penalidades e dá outras providências”, preconiza no sentido de que:

“Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia. (Grifo nosso).

De fato, não devem prevalecer as informações prestadas pelo *Conselho Regional de Medicina – CRM-SP* no sentido de que “tal procedimento esbarra na Resolução CFM nº 2.168/2017, capítulo IV, a qual veda o conhecimento da identidade de doadores e receptores”, restando *clara a extrapolação do poder normativo ao se estabelecer LIMITES ao direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar NÃO PREVISTOS na CONSTITUIÇÃO FEDERAL e em LEI*, sob alegação de suposta transposição aos “transpondo os princípios da ética e da moralidade”, o que *não se deve admitir sob pena de norma infralegal preponderar sobre a Lei Maior e o ordenamento jurídico brasileiro*.

Ademais, *não se sustenta, no presente caso*, a invocada “*garantia do anonimato*”, que segundo o réu CRM-SP, “se insere neste conceito de ‘ladeira escorregadia’”, no sentido de “evitarem-se complicações futuras nos aspectos, sobretudo, legais e psicológicos”, decorrente de *norma de caráter ético aplicável à população em geral*, visto se cuidar a *presente hipótese em concreto de planejamento familiar que envolve familiares* que, em *gesto de altruísmo e de boa vontade ao propósito da irmã de gerar seu primeiro e talvez único filho*, há evidente *disponibilidade gratuita para se viabilizar o exercício do direito à vida e à saúde através da doação de óvulos entre irmãs*, não se verificando neste ato qualquer violação aos preceitos éticos e morais que bem conduzem o exercício da medicina.

Com efeito, pretenderem os réus inviabilizar o procedimento almejado pelas autoras, de se concretizar a *doação de óvulos entre irmãs, para reprodução assistida com amparo em atestado médico e parecer psicológico*, sob alegado receio de “surgir figuras até então desconhecidas no mundo jurídico tais como: avó-mãe, tia-mãe, filho-sobrinho, filho-neto etc.”, certamente representa *querer prevalecer ditames de convenção e sob duvidosa invocação da ética e da moral, em notável negação do amor e da fraternidade que envolve a doação de órgãos (óvulos) entre irmãs, para, em última análise, se imperar o direito à vida e a efetividade do planejamento familiar*.

Quanto à questão relativa à *eventual “disputa pela maternidade”* e da existência de “*figuras dúbias em sua família*”, na medida em que o procedimento objeto dos autos conta com *recomendação por ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO, procedem os Conselhos Regional e Federal de Medicina, ora réus*, com insensibilidade e impessoalidade preocupantes, na medida em que, segundo se alega nas contestações, cumpre a referidos órgãos a *fiscalização e regulação do bom exercício da medicina*, que visa sobretudo a *preservação e manutenção da vida e da saúde*, bens supremos da sociedade em geral.

Em última análise, a *atuação obstrutiva do CRM-SP e CFM*, sob viés de *contempladores da dita ÉTICA e da MORAL no exercício da medicina* pelos profissionais que atuam sob sua fiscalização e regulação, de *forma CONTRADITÓRIA à atuação de próprio profissional médico com RELATÓRIO MÉDICO* pela “*indicação de fertilização in vitro com óvulos doados (...) tem irmã de 32 anos, portanto em faixa etária compatível com doação de óvulos (...) disposta a passar pelo procedimento para doação de óvulos à sua irmã, em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina*”, bem como ignorando *PARECER PSICOLÓGICO*,

NEGAM VIGÊNCIA aos dispositivos da CONSTITUIÇÃO FEDERAL e de LEIS que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, a *Constituição Federal* prevê de forma inequívoca a “inviolabilidade do direito à vida”, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e que o “planejamento familiar é livre decisão do casal”, sendo que as Resoluções do CFM ainda refutam o teor das leis que dispõem também que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (Código Civil) e que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, sendo assegurados “avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.” (Lei n. 9.262/1996), como de fato ocorre no presente caso.

Conforme bem se enfatiza dentre os fundamentos desta sentença, o procedimento objeto destes autos envolve *pessoas maiores e capazes*, e não menores relativamente capazes ou em idade avançada e que poderiam gerar suscitações diversas, de maneira que *bem se compreende que sejam avaliados pelas partes, dentro do próprio seio do exercício do direito ao planejamento familiar, os riscos, circunstâncias e consequências do ato de reprodução assistida a partir da doação de órgãos (óvulos) entre irmãs.*

De forma nua e crua, na essência e na interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, atualmente se negar a doação de óvulos entre irmãs, com limitações de saúde amparadas por ATESTADO MÉDICO, bem como condições psíquicas certificadas por PARECER PSICOLÓGICO, sendo todos os envolvidos maiores, capazes e, inclusive, casados, significa pretender privilegiar ato normativo infralegal representado pelas Resoluções do CFM, com irrefutável afastamento dos direitos à vida, à saúde e ao planejamento familiar que se encontram escancarados na Constituição Federal e no Código Civil.

Na verdade, soa contraditória e inconsistente a atuação dos réus CRM-SP e CFM, enquanto órgãos regulatórios na fiscalização da atuação dos profissionais da medicina, ao sustentar que possuem alegada preocupação “quanto ao aspecto ético e bioético na salvaguarda dos direitos psicológicos do possível nascituro, como também dos pais, tanto afetiva quanto biológica”, quando o presente caso conta com ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO que amparam a pretensão de procedimento de reprodução assistida mediante doação de órgãos (óvulos) entre irmãs, sendo patente a extrapolação do poder regulatório dos réus ante a tutela do direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar assegurados pela Constituição Federal e Código Civil.

Ainda, se deve acolher a pretensão do Conselho Federal de Medicina – CFM de que “visa a dar segurança a todos os envolvidos (as pessoas que desejam se submeter ao procedimento para engravidar, o bebê a ser gerado e o médico), seja no aspecto da privacidade do doador, seja no da ética médica”, sob evidente risco de se privilegiar norma infralegal de enfoque à ética médica, em detrimento do direito à vida e à saúde estampados na Constituição Federal (CF, art. 5º, caput e inciso X e art. 196), bem como em prejuízo do direito ao planejamento familiar previsto no Código Civil (art. 1.565, § 2º), direito da família e dever do Estado conferir amparo e assistência para seu pleno exercício.

Com todo respeito aos entendimentos diversos, afigura-se irrazoável e desproporcional os réus CRM-SP e CFM exigirem das autoras, que possuem núcleo familiar com ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO com recomendação pela doação de óvulos entre as

irmãs, que tenham que recorrer à doação de óvulos de pessoas estranhas e sob a “garantia do anonimato” entre doador e receptor dos óvulos, para bem atender à norma infralegal do Conselho Federal de Medicina, sob alegação se preservar questões éticas e morais, fazendo tábula rasa da Constituição Federal, do Código Civil e da Lei n. 9.262/1996 (Planejamento Familiar), que instituem a SUPREMACIA DO DIREITO À VIDA e elevam o PLANEJAMENTO FAMILIAR como direito de “livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito”.

Note-se que se afigura louvável e de respeitar a iniciativa dos órgãos reguladores e fiscalizatórios Conselho Regional de Medicina – CRM-SP e Conselho Federal de Medicina – CFM de, através de “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida”, sob as razões e estudos sustentados nas contestações, procurarem assegurar a “garantia do anonimato” entre doadores e receptores na “DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES”, de forma ampla e genérica. Todavia, impõe-se que, no presente caso em concreto e sob as razões ora expostas, sobretudo sob amparo em documentos médicos e psicológicos, seja observado o postulado do direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar preconizados pela Constituição Federal e pelas leis deste país.

Por oportuno, ante a disposição expressa da CF/1988, CC/2002 e Lei n. 9.262/1996, muito embora estabeleça a Lei n. 3.268/1957 (Conselhos Federal e Regionais de Medicina), no seu art. 2º, que os réus “são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”, sendo atribuição dos Conselhos Regionais “conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem”, (art. 15, alínea “d”), prevê a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de maneira irrefutável, que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º), e que, nas regras de hermenêutica jurídica, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (Art. 2º, § 1º), cumprindo, portanto e em definitivo, a fiel observância aos termos da Constituição Federal de 1988, Código Civil 2002 e Lei 9.262/1996 ao zelarem pelo direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar a assistirem ao pleito da parte autora.

Por conseguinte, observadas as cautelas necessárias pelas pessoas maiores e responsáveis envolvidas, tratando-se do pleno exercício ao DIREITO À VIDA a partir do PLANEJAMENTO FAMILIAR de reprodução assistida mediante a doação de órgãos (óvulos) entre irmãs, cumpre ao Estado proporcionar meios que amparem tal pretensão familiar, e não oferecer óbices e o dificuldades à consecução dos procedimentos médicos, sobretudo quando recomendados por atestado médico e sob amparo em parecer psicológico.

Sobre a matéria em tela, constam relevantes precedentes na jurisprudência do Eg. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, nos seguintes termos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. PRESERVAÇÃO DE ANONIMATO ENTRE DOADOR E RECEPTORES. PLANEJAMENTO FAMILIAR. MATERIAL GENÉTICO DE PARENTE EM LINHA COLATERAL. OVODOAÇÃO INTRAFAMILIAR. RAZOABILIDADE.

1. O cerne da questão diz respeito à possibilidade de afastamento da previsão contida no capítulo IV da Resolução CFM nº 2.168/2017, que determina a preservação do anonimato entre doadores e receptores.

2. Os agravantes estão proibidos de realizar o procedimento pretendido com base na Resolução do CFM acima mencionada, o que afasta a alegação de ilegitimidade ativa.
3. A manutenção do sigilo é multifatorial, envolvendo questões jurídicas, psicológicas e bioéticas, risco de mau uso, entre os quais, sexagem e a eugenia, eticamente condenáveis; problemas psicológicos e afetivos da própria criança, a longo do tempo.
4. O direito de planejamento familiar está previsto no art. 226, §7º, da CF. Por sua vez, a Lei nº 9.263/1996, regula o referido §7º.
5. Não se está propugnando, por ocasião da análise deste caso concreto, a mudança da regra geral do sigilo, a despeito dos prós e contras existentes a favor da sua manutenção ou de sua mudança, para prestigiar os laços familiares.
6. É possível, todavia, afastar a regra que impõe o sigilo do doador em face das peculiaridades do caso concreto.
7. A preferência de doação de óvulo por membro da família, com preservação do patrimônio genético, em relação à doação por terceiro desconhecido, é razoável e compreensível, não se vislumbrando riscos de questionamento da filiação biológica da futura criança, com base nas condições pessoais e familiares dos envolvidos.
8. Na hipótese, deve prevalecer o princípio da liberdade de planejamento familiar, observados os corolários da dignidade humana e da maternidade/paternidade responsável, em detrimento do sigilo de doadores previsto na Resolução nº 2.121/2015.
9. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5029531-94.2018.4.03.0000, Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, TRF3 – 6ª Turma, e – DJF3 Judicial 1 DATA: 28/10/2019 – Grifo nosso).

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REPRODUÇÃO ASSISTIDA - FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA *AD CAUSAM* - INOCORRÊNCIA - DOADORA E RECEPTORA DE ÓVULOS - DOAÇÃO ENTRE IRMÃS - REGRA DO ANONIMATO - RESOLUÇÃO/CFM Nº 2121/2015 - INAPLICABILIDADE - PLANEJAMENTO FAMILIAR - SAÚDE - DIREITO FUNDAMENTAL.

1. Legitimidade da receptora de óvulos, seu cônjuge e irmã (possível doadora) para a propositura da presente ação. Evidencia-se a titularidade dos autores para pleitearem o direito debatido, dada a inegável repercussão, em suas esferas jurídicas, da proibição de realização de procedimento de reprodução assistida mediante doação de óvulos por pessoa conhecida, inscrita na Resolução/CFM nº 2013/2013 e repetida pela Resolução/CFM nº 2121/2015, em vigor.
2. Legitimidade passiva *ad causam* do Conselho Regional de Medicina, considerando sua atribuição fiscalizatória do cumprimento das diretrizes que vinculam os profissionais e entidades da área médica. (...)
4. A adoção dos procedimentos e técnicas de reprodução assistida encontra guarida nos direitos constitucionais ao planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/88) e à saúde (art. 196, CF/88), bem como no princípio da autonomia privada.
5. Em harmonia com a Constituição, o Código Civil reconhece, no artigo § 2º do art. 1.565, a importância do planejamento familiar, direito cujo exercício deve contar com apoio educacional e financeiro do Estado.
6. Nesse cenário de tutela da aspiração reprodutiva como consequência do direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar e, conseqüentemente, de autorização e facilitação de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, eventuais restrições, para se legitimarem, devem encontrar suporte lógico, científico e jurídico.
7. O direito à reprodução por técnicas de fecundação artificial não possui, por óbvio, caráter absoluto. Contudo, eventuais medidas restritivas de acesso às técnicas de reprodução assistida, insito ao exercício de direitos fundamentais de alta envergadura, consoante demonstrado, só se justificam diante do risco de dano efetivo a um bem relevante, análise a ser perpetrada, não raro, em face do caso concreto.

8. No caso dos autos, objetivam os autores autorização para a realização de procedimento de fertilização *in vitro* mediante utilização de óvulos de doadora conhecida (irmã da autora), afastando-se a proibição do item 2, IV, da Resolução nº 2121/2015, emanada do Conselho Federal de Medicina, que revogou a anterior Resolução/CFM nº 2013/2013, embora mantenha disposição no mesmo sentido.

9. A razão maior da proibição inscrita na Resolução/CFM nº 2121/2015, ao resguardar a identidade de doador(a) e receptor(a), encontra fundamento ético nos riscos de questionamento da filiação biológica da futura criança, desestabilizando as relações familiares e pondo em cheque o bem estar emocional de todos os envolvidos.

10. Os laços consanguíneos existentes entre as irmãs e o fato da possível doadora haver constituído família tornam remota a chance de qualquer disputa em torno da maternidade, caindo por terra, então, diante da análise da situação concreta, a proibição inserta na norma questionada e a cautela representada pela preocupação que moveu o Conselho Federal de Medicina ao erigi-la.

11. Por outro lado, se o sigilo é importante para garantir aos doadores de gametas isenção de responsabilidade em face dos deveres inerentes às relações de filiação, sob esse aspecto também não se mostra consentâneo com o caso concreto, no qual a relação de parentesco verificada entre doadora, casal e futura criança caracteriza vínculo do qual decorrem obrigações preexistentes de cuidado e assistência mútua.

12. A questão posta não se coloca em face da inidoneidade do texto normativo emanado do Conselho Federal de Medicina, mas de sua inaplicabilidade ao caso sub judice, considerando a razão maior de sua existência.

13. Outrossim, as normas que minudenciam regras aplicáveis aos procedimentos marcados pela intervenção humana na procriação artificial, emanadas desse Conselho, ostentam natureza infralegal, veiculando preceitos eminentemente éticos, portanto, desprovidos de caráter sancionatório (exceto o disciplinar), que, em nosso ordenamento jurídico, é inerente às manifestações do Poder Legislativo.

14. Reconhecido o direito à efetivação do procedimento de fertilização *in vitro* a partir de óvulos doados pela irmã da autora, abstendo-se a autarquia ré de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção, aos quais se reserva o direito de aferir a viabilidade do procedimento mediante oportuna realização dos exames necessários.” (AC 00070529820134036102, Desembargador Federal Mairan Maia, TRF3 – SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/11/2015 - (Grifo nosso).

E, ainda, decidiu o Eg. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acerca da “opção do casal por um processo “*in vitro*” de fecundação artificial de óvulos”, com abordagem aos “direitos fundamentais à autonomia de vontade, ao planejamento familiar e à maternidade”, que, *mutatis mutandis*, se aplicam ao caso em concreto:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I – O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO

EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.(...) V – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de *autonomia de vontade individual* que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos *princípios igualmente constitucionais* da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. *A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.* O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um *casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”*.

De uma parte, para aquinhoar o *casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º)*, aqui entendida como *autonomia de vontade*. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, *planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226)*. O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição (...). Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (...)” (Destaquei.) (STF. ADI 3510, AYRES BRITTO, Julg. 29.05.2008.).

E, segundo *recente entendimento* do *EG. TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO*:

“Mulher consegue na Justiça direito de receber doação de óvulos da irmã
29/06/2020

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) garantiu o direito de uma moradora do estado do Paraná a receber uma doação de óvulos da irmã para a realização de fertilização *in vitro*. A decisão foi proferida por três votos a dois pela 4ª Turma ampliada da Corte, em julgamento telepresencial ocorrido no dia 24 de junho.

As irmãs impetraram um mandado de segurança na Justiça Federal paranaense em janeiro de 2019, onde narraram que o único empecilho para que o procedimento fosse realizado era a falta de autorização do Conselho Regional de Medicina do Paraná (CRM-PR) para que um médico fizesse a fertilização.

Conforme o CRM-PR, as normas éticas adotadas pelo Conselho Federal de Medicina para a reprodução assistida estabelecem que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Na ação, a mulher que pretende engravidar informou que possui endometriose e que, por essa razão, todos os tratamentos a que se submeteu ao longo dos anos não surtiram efeito. As irmãs ainda argumentaram que não possuem recursos financeiros para importar óvulos do exterior e alegaram que a compatibilidade genética entre ambas possibilitaria maior probabilidade de obter êxito no procedimento.

Elas requisitaram que o CRM-PR se abstinhasse de mover um processo ético-disciplinar fundamentado em violação ao sigilo de doadores e receptores contra os profissionais de saúde que fossem realizar a fertilização.

Em fevereiro do ano passado, a 3ª Vara Federal de Curitiba julgou que as autoras da ação não possuíam legitimidade ativa para impedir um eventual processo disciplinar aberto pelo conselho contra algum médico que aceitasse realizar a fertilização.

O entendimento da decisão de primeira instância foi de que, de acordo com o Código de Processo Civil, ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio.

Dessa forma, o processo foi extinto sem resolução de mérito.

As autoras apelaram da decisão ao TRF4 postulando a reforma da sentença e o deferimento dos pedidos formulados no mandado de segurança. Elas alegaram interesse direto na causa, pois seriam as beneficiárias da procedência do mandado de segurança.

No recurso, também citaram a existência de parecer favorável do Ministério Público Federal e citaram precedentes do próprio TRF4 e do Superior Tribunal de Justiça que autorizam o uso do mandado de segurança para fins declaratórios.

Em julgamento iniciado em outubro de 2019 e finalizado na última semana, prevaleceu o voto do desembargador federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira no sentido de dar provimento à apelação e reformar a decisão de primeiro grau. O magistrado havia pedido vista dos autos do processo para uma melhor análise dos fatos.

Segundo Valle Pereira, é inquestionável o interesse e a legitimidade das autoras na causa.

“Considerando que o procedimento que buscam em rigor será realizado em seu proveito, não lhes pode ser tolhida a busca da via judicial. Isso porque não podem depender de consentimento de possíveis litisconsortes ativos que, por sinal, sequer são conhecidos, visto que não se sabe se os procedimentos realmente serão realizados e, em caso positivo, quais os profissionais que neles atuarão”, disse ele.

Ao entrar na análise do mérito da ação, o desembargador frisou que não existe lei que proíba a doação de óvulos entre irmãs.

“Por outro lado, os médicos que farão o procedimento ainda não são conhecidos e, sabedores das resoluções do conselho profissional e as restrições impostas ao exercício profissional, certamente se negariam a realizá-lo, de onde decorre o interesse a ser tutelado pelos imetrantes cujo direito material deve ser privilegiado”, pontuou o magistrado.

Em seu voto, Valle Pereira salientou que a Constituição Federal e a Lei do Planejamento Familiar garantem o direito ao livre planejamento familiar para todos os casais.

De acordo com ele, a aplicação irrestrita da obrigatoriedade de anonimato entre doadora e receptora de óvulos em todas as situações fere a liberdade e a autonomia individual. Para o magistrado, situações diferenciadas devem ser examinadas de acordo com as suas particularidades.

“No caso em apreço percebe-se que há anuência expressa da doadora, que já tem família constituída e é irmã da receptora e também autora da demanda, havendo, inclusive, laudo psicológico respaldando a doação pretendida. Considerando que os demandantes são capazes, podendo deliberar livremente sobre suas escolhas, e que o procedimento é a última possibilidade que restou ao casal para tentar gerar filhos, não vejo razões para impedir o tratamento”, concluiu o desembargador”. (Fonte: sítio eletrônico do TRF da 4ª Região: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15281> - Acesso em: 19/09/2020 - Grifo nosso).

Por derradeiro, em apreciação ao *pedido de liminar em mandado de segurança*, bem ponderou a MM. Juíza Federal Rosana Perri, da 2ª Vara Cível Federal de São Paulo:

“(…) a resolução questionada estabelece algumas diretrizes a serem seguidas e, no caso em tela, por se tratarem de irmãs, há uma maior compatibilidade fenotípica, imunológica e a

máxima compatibilidade com a receptora, favorecendo o desenvolvimento do embrião e, ainda, considere-se o fato de que por possuírem laços de parentesco, tende a diminuir a possibilidade de uma disputa quanto à maternidade.” (MS 5003638-37.2018.4.03.6100 - Órgão julgador: 2ª Vara Cível Federal de São Paulo - Distribuição : 14/02/2018 – Decisão em 09/03/2018 - Grifo nosso).

Por outro lado, em decorrência do *princípio da adstrição ou congruência*, que impõe que a sentença deve partir dos *elementos objetivos e subjetivos* delimitados a partir da petição inicial, que de fato estabelece os *limites da lide*, não deve prevalecer a pretensão da parte autora de afastamento das Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2 em caráter geral e amplo.

Com efeito, a partir dos *elementos de prova* constantes destes autos, em que se verificou o exercício do direito postulatório e do contraditório pelas partes, inclusive *Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CRM-SP* e *Conselho Federal de Medicina – CFM*, verifica-se a *relevância dos fundamentos da partes autora* e ao *requisitos legais suficientes* ao reconhecimento da parcial procedência do pedido, mas de *forma limitada às partes destes autos*, antes as peculiaridades subjetivas e objetivas demonstradas na instrução processual, e não em caráter genérico e irrestrito a terceiros não integrantes deste feito.

Portanto, após o *pleno exercício do contraditório, produção de provas* e em *sede de cognição exauriente*, impõe-se o acolhimento em parte do pedido da parte autora, para *neste caso em concreto se AFASTAR a aplicação da “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida” constante das Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2*, com consequente *AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médicos necessários de reprodução assistida para que se efetive a doação de órgãos (óvulos) entre as irmãs autoras*, sem incursão dos profissionais médicos e de saúde envolvidos em qualquer infração disciplinar perante o CRM e CRM-SP.

Contudo, *cumprirá às partes envolvidas realizar todos os atos necessários, sob seus custos respectivos*, para fins de *consultas médicas preparatórias, agendamento do procedimento médico-hospitalar, submissão ao tratamento de reprodução assistida e fertilização in vitro, termos de responsabilização recíproca e demais atos de ordem civil*, inclusive *recomendado acompanhamento psicológico dos envolvidos*, para o *bom desenvolvimento e execução do objetivo de doação de órgãos (óvulos) entre as irmãs autoras, sob suas responsabilidades civil e penal*.

Considerando que o momento da prolação de sentença é oportuno para *distribuir o ônus do tempo do processo*, com vistas a salvaguardar a eficácia do princípio constitucional da razoável duração do processo e ao mesmo tempo privilegiar o direito provável em detrimento do improvável, demonstrada a relevância dos fundamentos da parte autora (*fumus boni iuris*) e diante do nítido perigo de dano em caso de demora na realização do procedimento médico-hospitalar (*periculum in mora*), nos termos do art. 294 e 300, do CPC, *defiro a tutela de urgência para se conceder AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médico-hospitalares necessários de reprodução assistida e fertilização in vitro para que se efetive a doação de órgãos (óvulos) entre as irmãs autoras*, observados os demais termos desta sentença na íntegra.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, *JULGO PROCEDENTE em parte* os pedidos da petição inicial, para, com fundamento no Código de Processo Civil, art. 487, inciso I, resolver o mérito para:

A) *DECLARAR no caso em concreto o AFASTAMENTO da aplicação da “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida” constante das Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2 (“os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”)* em favor da parte autora, com consequente

B) *AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médico-hospitalares necessários de reprodução assistida e fertilização in vitro para que se efetive a doação de óvulos entre as irmãs autoras, com*

C) *CONDENAÇÃO dos réus Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CRM-SP e Conselho Federal de Medicina – CFM à OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER de se absterem da adoção de eventuais medidas ético-disciplinares ou incursão dos profissionais médicos e de saúde envolvidos no tratamento de reprodução assistida e fertilização in vitro entre as irmãs autoras em qualquer infração disciplinar perante o CRM e CRM-SP, sob pena de MULTA-DIÁRIA em caso de eventual descumprimento.*

Conforme fundamentação, nos termos do art. 294 e 300, do CPC, *DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA* para se conceder *AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médico-hospitalares necessários de reprodução assistida e fertilização in vitro para que se efetive a doação de óvulos entre as irmãs autoras*, observados os demais termos desta sentença na íntegra. Comunique-se com urgência, autorizados os meios eletrônicos.

Cumprirá às partes informar ao Juízo sobre a efetivo cumprimento da tutela de urgência, com documentos comprobatórios, assumindo o ônus de eventual inércia.

Em aplicação ao *princípio da causalidade*, condeno os réus CRM-SP e CRF ao pagamento de honorários de advogado, equivalentes a 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa atualizado.

Custas na forma da lei.

Mantido o *decreto o sigilo dos autos*, para acesso restrito às partes e órgãos públicos, conforme decisão nos autos.

Comunique-se o teor desta decisão ao Eminentíssimo Relator do agravo de instrumento n. 5022995-33.2019.4.03.0000, para devida ciência, com as homenagens deste Juízo Federal.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

CARAGUATATUBA, 18 de setembro de 2020.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5011983-97.2019.4.03.6183

Autor: P. H. R. B.

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Participante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/09/2020

SENTENÇA

P.H.R.B., menor, nascido em 11/01/2003, representado por sua genitora R. R., ajuizou ação em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), visando à concessão de auxílio-reclusão (NB nº 192.191.636-0) em razão da prisão do genitor, R.F.S.B, ocorrida em 20/12/2006. Juntou documentos (Id 21452916 e Id 22985990).

Concedidos os benefícios da justiça gratuita e indeferido o pedido de tutela de urgência (Id 21785871).

O INSS contestou (Id23213344), alegando prescrição em preliminar e, no mérito, pela falta da qualidade de segurado.

O autor apresentou réplica (Id 29102378).

O Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido (Id 38207169).

Realizada audiência de instrução pelo sistema Cisco Webex do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o depoimento das testemunhas foram juntados autos (Id 38747299).

É o relatório. Passo a decidir.

Trata-se de auxílio-reclusão requerido em 02/04/2019 (DER), relativo a fato gerador do benefício ocorrido em 20/12/2006, quando o genitor do dependente foi recolhido à prisão em regime fechado.

Nos termos do artigo 79 da Lei nº 8.213/91, vigente quando do fato gerador do benefício pretendido, e do art. 198, inciso I, do Código Civil, não corre prescrição contra menor de idade, motivo pelo qual afasto a preliminar arguida pelo INSS em contestação.

Passo à análise do mérito.

Os requisitos para a concessão do benefício do auxílio-reclusão estão previstos no artigo 80 da Lei n. 8.213/91, com a redação em vigor na data da prisão nos termos que seguem:

“Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário”.

A concessão do benefício, portanto, depende da qualidade de segurado do preso, do valor por ele percebido na ocasião da prisão e da qualidade de dependente do requerente.

O autor é filho de R.F.S.B, conforme faz prova sua certidão de nascimento. Cuidando-se de filho menor é o caso de dependente por presunção nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91 (Id 21435315).

O INSS alega na contestação ausência da qualidade de segurado do genitor, pois conforme informações do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, houve recolhimento da empregadora *Sinal Park Service de Estacionamento EPP até 05/2004*. Sendo assim, R.F.S.B teria mantido a qualidade de segurado até 15/07/2005, em data anterior ao fato gerador do benefício (recolhimento prisional em 20/12/2006)

No ponto, consta nos autos *cópia de cartão de ponto com entrada e saída diárias até o mês de 04/2005* e holerites do salário recebido no período correspondente (fls. 38-56 do Id 23011289).

O autor juntou também cópia da Reclamatória Trabalhista, Processo nº 87/2006, julgado pela 6ª Vara do Trabalho de São Paulo, na qual foi reconhecida prestação de trabalho para a mesma empregadora Sinal Park Servico Estacionamentos Ltda., para os meses de *junho e julho de 2005*, com a condenação da empresa no pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas para o período.

Consta ainda termo de rescisão do contrato de trabalho (Id 21453324 – fl. 19).

Em audiência de instrução, a testemunha *Raphael Carlos Ferreira* afirmou ter trabalhado com R.F.S.B, no estacionamento do aeroporto de Congonhas, e que nos últimos meses do vínculo de trabalho, embora tenham prestado serviços, não receberam os respectivos salários.

A testemunha *José Wellington Rodrigues de Castro* afirmou que trabalhou na mesma empresa que R.F.S.B, nos anos de 2004 e 2005, e que todos os funcionários tiveram problemas para receber salários em 2005.

O conjunto probatório dos autos, portanto, é suficiente confirmar a prestação dos serviços de R.F.S.B para empresa Sinal Park Service Estacionamento Ltda. até 31/07/2005.

Acolho o parecer do Ministério Público Federal no tocante ao período de graça estendido até a data de data 16/09/2007, pois consta nos autos termo de rescisão do contrato de trabalho, autorizando o período de graça pelo prazo de 24 meses, contados do dia seguinte ao término do prazo para recolhimento da última contribuição previdenciária, pela situação de desemprego, nos termos do art. 15, §§2º e 4, da Lei 8.213/91.

Sendo assim, quando do recolhimento à prisão, em 20/12/2006, R.F.S.B mantinha a qualidade de segurado.

O benefício dispensa a carência, nos termos do art. 26, inciso II, da Lei 8.213/91, na redação vigente na data do recolhimento à prisão.

Com relação ao critério de baixa renda (artigo 201, inciso IV, da Constituição Federal), o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.485.417/MS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que “para a concessão de *auxílio-reclusão* (art. 80 da Lei 8.213/91), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição”.

No caso, o R.F.S.B, desempregado quando do recolhimento da prisão, obedece ao critério legal de baixa renda, nos termos do precedente mencionado.

Superados os requisitos analisados, resta definir a data de início do benefício.

No ponto, o INSS aponta que uma vez formulado requerimento administrativo do

benefício após o menor completar a idade de 16 anos, os atrasados são devidos desde a DER, 02/04/2019 (fl. 24 do Id 21453324).

O autor postula recebimento do benefício desde a data de recolhimento à prisão, em 20/12/2006, tendo em vista menoridade do dependente.

No ponto, assiste parcial razão ao INSS.

O auxílio-reclusão é devido nas mesmas condições da pensão por morte, inclusive quanto às regras do termo inicial do benefício, nos termos do art. 80 da Lei 8.213/91 acima mencionado.

O art. 74 da Lei 8.213/91 estabelece que a pensão por morte será devida da data do óbito ou quando do requerimento administrativo, caso este tenha sido formulado após o prazo de 30 dias ou após o prazo de 90 dias, para os benefícios com fato gerador após 04/11/2015 – data da vigência da Lei 13.183/2015, que alterou os prazos do art. 74 da Lei 8.213/91, conforme destaque:

“Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; (Redação pela Lei nº 13.183, de 2015)”

A controvérsia cinge-se sobre a aplicação dos prazos acima aos menores relativamente capazes. Nos termos do art. 79 da Lei 8.213/91 e do art. 116, §4º, do Decreto 3.048/99 não corre prescrição para os menores.

O Colendo STJ possui jurisprudência no sentido de que o prazo não corre para menores, ainda que relativamente incapaz, conforme destaque:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSIONISTA MENOR. INÍCIO DO BENEFÍCIO. A expressão ‘pensionista menor’, de que trata o art. 79 da Lei nº 8.213, de 1990, identifica uma situação que só desaparece aos dezoito anos de idade, nos termos do art. 5º do Código Civil. Recurso especial provido para que o benefício seja pago a contar do óbito do instituidor. ..EMEN: (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1405909 2013.03.24089-8, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:09/09/2014 ..DTPB:.)

O Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no entanto, tem precedentes no sentido de que alcançada idade de 16 anos, não persistindo causa de impedimento, nos termos do art. 198, inciso I, do Código Civil, o prazo passa a correr, devendo o benefício ser requerido dentro do intervalo assinado pela lei sob pena de ser deferido apenas a partir da data do requerimento administrativo.

No caso concreto, ainda que adotado o posicionamento acima destacado, o autor apresentou requerimento administrativo em 02/04/2019, dentro do prazo de 90 dias, contados da data em que atingiu a idade de 16 anos (11/01/2019), que se encerraria em 11/04/2019.

Neste sentido, menciono entendimento do TRF da 3ª Região:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. FILHO RELATIVAMENTE INCAPAZ À ÉPOCA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ART. 198 C/C ART. 3º DO CC/02. ART. 80 C/C ART. 74 DA LEI 8.213/91. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. DEVIDO O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DESDE A SUSPENSÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO.

1. Após a prisão do Sr. Roberto Silvio dos Santos em 19/12/2001, a parte autora teve o benefício de auxílio-reclusão deferido com DIB na data da reclusão do instituidor.

2. Sob o fundamento de que o segurado havia fugido, o benefício foi cessado em 01/11/2006, até que, após requerimento administrativo realizado pela parte autora em 22/09/2016, o benefício lhe foi restabelecido a partir desta data.

3. Pretende a parte autora, no entanto, o recebimento das parcelas referentes ao período de dezembro de 2006 (mês posterior à suspensão do benefício) a agosto de 2016 (mês anterior ao restabelecimento do benefício).

4. Embora o benefício tenha sido cessado por motivo de fuga do recluso, a certidão de recolhimento prisional juntada aos autos comprova que o segurado nunca fugiu, tendo estado preso desde 19/12/2001, de modo que a cessação do auxílio-reclusão foi indevida.

5. *Quanto à prescrição, tem-se que, por ocasião do requerimento administrativo, a parte autora era relativamente incapaz, de modo que a prescrição corria normalmente.*

6. *Nos termos do artigo 80 da Lei nº 8.213/91 (com a redação vigente à época), o auxílio-reclusão era devido nas mesmas condições da pensão por morte, inclusive no que diz respeito ao termo inicial, razão pela qual o benefício era devido desde a data da reclusão quando requerido em até 90 (noventa) dias da prisão, e do requerimento quando requerido após esse prazo.*

7. *Tendo a parte autora nascido em 09/07/2000, a prescrição começou a correr para ela em 09/07/2016 (ao atingir 16 anos), de modo que na data do requerimento administrativo (22/09/2016) ainda não havia transcorrido os 90 dias do prazo.*

8. *E, considerando que a parte autora formulou requerimento administrativo antes de transcorridos 90 (noventa) dias da data em que completou 16 anos, o seu direito não foi atingindo pela prescrição.*

9. *Não superado o prazo previsto em lei, a parte autora faz jus ao pagamento das parcelas do benefício de auxílio-reclusão desde a data da suspensão/cessação indevida até o restabelecimento na via administrativa.*

(...)

13. Apelação da parte autora provida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

(APELAÇÃO CÍVEL ..SIGLA_CLASSE: ApCiv 5014942-75.2018.4.03.6183 ..PROCESSO_ANTIGO: ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO; ..RELATORC: TRF3 - 10ª Turma, Intimação via sistema DATA: 04/09/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:)

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO. BAIXA RENDA CONFIGURADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. PARTE AUTORA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA PRISÃO.

1. O auxílio-reclusão é devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes de segurado de baixa renda recolhido à prisão.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.485.417/MS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008, firmou a tese de que “Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.”

3. Dessarte, estando o segurado desempregado à época em que foi preso, é irrelevante o valor de seu último salário-de-contribuição, pois caracterizada a condição de baixa renda.

4. Preenchidos os demais requisitos, faz jus a parte autora ao recebimento do benefício de auxílio-reclusão.

5. *O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do recolhimento do segurado à prisão (26/09/2014), nos termos do artigo 116, §4º, do Decreto 3.048/99, uma vez que na ocasião a parte autora era absolutamente incapaz, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91). (...).*

9. Apelação do INSS desprovida. Recurso adesivo da parte autora provido. Fixados, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios.

(APELAÇÃO CÍVEL ..SIGLA_CLASSE: ApCiv 0000700-85.2017.4.03.6005 ..PROCESSO_ ANTIGO: ..PROCESSO_ ANTIGO_ FORMATADO:;, ..RELATORC:;, TRF3 - 10ª Turma, Intimação via sistema DATA: 04/09/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:;.)

Por fim, nos termos da redação do art. 116, §5º, do Decreto 3.048/99, vigente na data do fato gerador do benefício, o auxílio-reclusão é devido enquanto perdurar os regimes fechado e semiaberto, conforme destaque:

Art. 116:

§ 5º O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto.

No caso, consta progressão para o regime aberto em 12/08/2020 (ID 38621060).

Diante do exposto, julgo *procedente* o pedido para condenar o INSS a implantar o benefício de auxílio-reclusão (NB nº 192.191.636-0), desde o aprisionamento do genitor, em 20/12/2006, e até a data de progressão para o regime aberto, em 12/08/2020.

As prestações em atraso devem ser apuradas em liquidação, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução.

Não é caso de tutela antecipada, pois o proveito obtido na ação refere-se aos atrasados, não restando, portanto, comprovado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, caso os valores sejam pagos ao final da ação, nos termos do art. 300 do CPC.

Condeno o réu no pagamento de honorários advocatícios nos percentuais mínimos do artigo 85, §3º, CPC, sobre o valor da condenação, a ser apurado na fase de liquidação da sentença (art. 85, §4º, inciso II, do CPC).

Não é hipótese de reexame necessário, vez que, embora ilíquida, é evidente que a condenação, mesmo com todos os seus acréscimos, não alcançará a importância de 1000 salários mínimos (artigo 496, § 3º, do Novo Código de Processo Civil).

Sem condenação ao pagamento de custas, diante da concessão dos benefícios da Justiça Gratuita à parte autora, e da isenção legal de que goza o INSS nos termos do artigo 4º, I, da Lei 9.289/96.

P.R.I.

São Paulo, 17 de setembro de 2020.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Tópico síntese (Provimentos Conjuntos n. 69/2006 e n. 71/2006):

Benefício: auxílio-reclusão -

Tutela de urgência: não concedida

Dispositivo: condenar o INSS a implantar o benefício de auxílio-reclusão (NB nº 192.191.636-0), desde o aprisionamento do genitor, em 20/12/2006, e até a data de progressão para o regime aberto, em 12/08/2020.

As prestações em atraso devem ser apuradas em liquidação, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução.

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0004168-41.2020.4.03.6332

Autora: ROSILENE DA SILVA

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/08/2020

SENTENÇA

VISTOS, em decisão.

Trata-se de ação ajuizada exclusivamente em face da União, com pedido de auxílio-emergencial, indeferido pelo aplicativo próprio do Governo Federal.

Contestação padrão da União juntada aos autos.

Concedido prazo à União para que examinasse a pretensão da parte autora ao auxílio emergencial à luz de informações contemporâneas à data do pedido objeto da ação (constantes dos sistemas públicos próprios da Administração Pública Federal), a advocacia geral da União limitou-se a recordar a razão do indeferimento pelo programa de computador, afirmando ser *“Necessário, portanto, que a parte autora junte aos autos documentos que comprovem não possuir renda familiar superior ao permitido para a percepção do Auxílio Emergencial”*.

É a síntese do necessário. DECIDO.

É caso de *procedência* do pedido.

Como se percebe do exame da legislação de emergência para enfrentamento da Covid-19, *os pedidos de auxílio emergencial independem da apresentação de documentos e devem ser baseados exclusivamente na autodeclaração de dados pelo interessado*.

Após o pedido administrativo com a autodeclaração de atendimento aos requisitos legais, *passa a ser ônus da Administração Pública federal examinar a postulação*, contrapondo aos elementos de prova de que disponha em seus bancos de dados a respeito do requerente e de seu núcleo familiar.

Essa, a sistemática implantada pela Lei 13.982/2020.

Perceba-se que, quisesse, o legislador poderia ter idealizado sistemática diversa, exigindo mais do que a mera autodeclaração nos pedidos de auxílio emergencial, reclamando, por exemplo, a apresentação de alguns documentos, como fez com relação aos pedidos de auxílio-doença durante a pandemia, em que *a própria Lei 13.982/2020* exige, além da mera afirmação do requerente de sua incapacidade para o trabalho, a juntada de atestado médico nos moldes previstos em regulamento (art. 4º, parágrafo único, inciso II).

Sucede que – como já assinalado nos autos –, na *precária* sistemática implantada pelo Governo Federal para o auxílio emergencial, *não* há efetiva análise humana dos requerimentos administrativos do benefício assistencial de emergência, mas mero cruzamento de dados por *programa de computador*.

Pior, tal cruzamento automático de dados se baseia em informações sabidamente *desatualizadas*, eis que referentes a registros de 2018. E, não bastasse isso, muitas vezes sequer há

como se saber a efetiva razão da negativa eletrônica do benefício, respondendo o “software” governamental, apenas, que “os dados são inconsistentes”, ou que a “análise é inconclusiva”.

Parece desnecessário lembrar, neste ponto, que, sendo o auxílio emergencial um benefício assistencial do Governo Federal, *em algum momento* deverá haver análise *humana* do pedido do requerente, *por um servidor público* da União. Seja porque a lei obriga a Administração Pública a proferir decisões devidamente motivadas, com indicação de seus pressupostos de fato e de direito (Lei 9.784/99, art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso VII), seja porque – ao menos por enquanto – ainda não se reconhece o *status* de servidores públicos federais a “softwares”, “aplicativos” ou programas de computador.

Ou seja, não basta, para que se tenha uma *decisão administrativa*, que um *programa de computador* acesse os bancos públicos de informações e “cruze dados” apontando o atendimento ou o desatendimento pelo requerente dos requisitos legais do auxílio emergencial. É absolutamente *indispensável*, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, que a “*conclusão*” do “*aplicativo*” *seja submetida à análise humana de um servidor público federal*, sendo *deste* a decisão, nunca do “computador”.

Noutras palavras, *decisão administrativa é apenas aquela do servidor revestido da competência legal para o ato*, nunca a “conclusão” de um algoritmo ou programa de computador. Deveras, não se pode perder de perspectiva que programas de computador, planilhas e outras ferramentas eletrônicas, por mais úteis que sejam no trato de demandas de massa, são meros *auxiliares* do servidor público federal, não seus *substitutos*.

A própria advocacia pública da União reconhece, em sua “contestação padrão” depositada em juízo que “*é também competência da Administração verificar a legalidade de cada situação apresentada para pagamento do benefício. O exercício da função administrativa consistente em se realizar a análise detalhada e a fiscalização quanto ao preenchimento ou não dos requisitos legais para a concessão do benefício é um dever-poder da Administração com amparo na legislação*” (destaquei).

É certo, porém – como revela o *boom* de ajuizamento de ações sobre o auxílio emergencial - que a ninguém no governo federal ocorreu assumir a tarefa de “conferir” – simplesmente “conferir” – o acerto ou desacerto das conclusões do programa de computador, preferindo-se a cômoda judicialização da matéria. Assim agindo, o Executivo federal *terceirizou*, por assim dizer, à sua *advocacia pública*, no exame das postulações levadas a juízo, a *indispensável análise humana dos casos concretos “indeferidos” pelo programa de computador*.

E isso porque, prevendo a sistemática do auxílio emergencial, como visto, a mera autodeclaração do requerente, *independentemente da apresentação de quaisquer documentos, impõe-se reconhecer que a parte autora, quando ingressa em juízo, faz a prova possível* de seu afirmado direito com a *declaração posta na petição inicial* e com os documentos de identificação que a acompanham, *não se podendo exigir do cidadão, em juízo, prova não exigida na esfera administrativa*.

Nesse contexto, feita a prova possível pelo autor, a distribuição do *ônus da prova* (CPC, art. 373, inciso II) passa a impor à ré, União – guarnecida por seletor corpo de advogados públicos –, que *oponha em juízo a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo* do afirmado direito do demandante ao benefício emergencial, com base, agora sim, na indispensável análise *humana* de dados e informações *atualizadas* constantes dos cadastros públicos.

Bem por isso, já se vê contrassenso na opção da advocacia geral da União por uma “contestação padrão” nos casos de auxílio emergencial, visto que o que *cada demanda específica exige* é, justamente, a *análise específica e individualizada* do caso concreto pela advocacia pública.

É certo, também, que, recebendo de sua empregadora (a União) a inconveniente “terceirização” da análise de milhares de pedidos de auxílio emergencial, também *alguns* advogados públicos federais prontamente tentaram “terceirizá-la”, seja à Justiça Federal, seja aos próprios requerentes do auxílio emergencial, *pretendendo transferir ao Judiciário e/ou aos cidadãos o ônus da consulta a diversos sites e bancos de dados públicos* plenamente acessíveis pela advocacia pública da União, como CNIS, DataPrev, CadÚnico, seguro-desemprego, RAIS, SIAPE, TSE etc.

Ainda que compreensível - face ao imenso volume de ações judiciais a respeito do auxílio emergencial - a tentativa de alguns membros da AGU de “terceirizar” às partes ou mesmo ao Poder Judiciário *a produção de provas* de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do afirmado direito da parte autora *é não só processualmente inadmissível* (frente à cristalina distribuição do ônus da prova posta no art. 373, inciso II do CPC), como *eticamente reprovável*, na medida em que tal postura equivale a demitir-se, o advogado público federal, do irrenunciável múnus público outorgado pela própria Constituição Federal à advocacia do Estado (CF, art. 131).

A ela, advocacia pública – *e só a ela* - cabe a defesa do Estado (com a inerente produção de provas mediante consulta a documentos e bases de dados disponíveis), por mais pesado que seja o fardo a ser momentaneamente suportado, especialmente em momentos de emergência nacional em que o próprio Estado parece querer demitir-se de suas funções constitucionais irrenunciáveis.

Se, eventualmente, a estrutura de trabalho da Advocacia Geral da União em determinada localidade não permite o enfrentamento a contento da nova carga de trabalho (correspondente à análise criteriosa dos pedidos de auxílio emergencial levados a juízo), a solução é o pedido de socorro interno às instâncias governamentais superiores, e não, por evidente, a cômoda - e inconstitucional - abdicação dos deveres do cargo público e subversão dos ônus processuais.

Postas estas considerações, constata-se que, *no caso concreto, a União desperdiçou a oportunidade de fazer a prova do suposto fato impeditivo do direito do autor* (renda familiar superior ao limite legal), preferindo exigir da parte autora que fizesse a prova de fato negativo (isto é, de que sua renda familiar *não é* superior ao limite).

Não constitui demasia rememorar, neste ponto, que há muito o direito processual abomina a exigência de provas de “fato negativo” – chamada “prova diabólica” – isto é, a prova de que algo “não ocorreu”.

Assim, não pode a União exigir do postulante do auxílio emergencial, além de sua autodeclaração, por exemplo, de *desemprego*, que “prove que não está trabalhando” (prova de fato negativo), muito embora possa a AGU, perfeitamente, juntar aos autos tela do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS em que conste vínculo atual de emprego ativo. Do mesmo modo, não pode a União exigir do requerente do auxílio emergencial, além de sua autodeclaração, “prova” de que seu núcleo familiar *não possui* renda superior aos limites legais (prova de fato negativo), muito embora possa a União demonstrar, pela juntada dos registros do Cadastro Único ou de demonstrativos de salários-de-contribuição constantes do CNIS, a eventual existência de renda superior.

O mesmo se poderia dizer com relação à pretendida prova da “não ocorrência” de todas as outras situações que, caso verificadas, impediriam o recebimento do auxílio emergencial: diante a *autodeclaração* da parte de que tais situações não se verificam na prática, *à União* cabe a produção da prova em contrário, isto é, de que *ocorrem* as situações que impedem o recebimento do benefício.

Na hipótese dos autos, a parte autora demonstra que o motivo do indeferimento administrativo do benefício foi a suposta existência de renda familiar superior, tendo sido considerados como *atendidos os demais critérios* de elegibilidade para a percepção do benefício. Ante a concreta razão do indeferimento eletrônico, caberia à União, por sua advocacia pública, trazer aos autos documentos extraídos dos sites e bancos de dados públicos atualizados que demonstrassem, concretamente, o acerto do fundamento invocado pelo programa de computador (frisando-se constar dos autos, à disposição da União, os dados de identificação do núcleo familiar).

Não o tendo feito, é manifesto o *descumprimento, pela ré, do ônus da prova* do fato impeditivo alegado, circunstância que autoriza, na particular sistemática dos requerimentos de auxílio emergencial, o acolhimento da autodeclaração da parte autora (desobrigada, como visto, de produzir prova de fato negativo).

É caso, pois, como já assinalado, de procedência do pedido.

E diante da urgência e gravidade das situações de privação de renda decorrentes da pandemia da COVID-19, que claramente evidenciam a presença do risco de dano irreparável na espécie, é também o caso de se antecipar os efeitos da tutela.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e DECLARO o direito da parte autora ao benefício de auxílio emergencial, CONDENANDO a União ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em habilitar a parte autora para recebimento das parcelas devidas do auxílio emergencial e liberar o respectivo pagamento para saque, no *prazo máximo de 10 dias*.

Fixo, desde já, para a remota eventualidade de atraso no cumprimento da decisão, multa diária de R\$100,00.

Sem condenação em custas e honorários nesta instância, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/95.

INTIME-SE, *com urgência*, para cumprimento da presente medida liminar.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se e intímem-se.>

Juiz Federal PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS DOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região