

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXIII - N. 154 - JULHO/SETEMBRO DE 2022 - ISSN 1982-1506



A Constituição brasileira e os desafios para o combate à desigualdade de gênero

Gabriela Shizue Soares de Araujo

Juliana Cardoso Ribeiro Bastos

A relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Odete Novais Carneiro Queiroz

Sistema de registro de preços na nova lei de licitações e contratos administrativos

(Lei nº 14.133/2021)

Alexandre Levin



Acordo de não persecução penal: possibilidade de celebração para processos em curso quando a Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor

Alexandre Vieira de Moraes

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal Souza Ribeiro

Publicação Oficial

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXXIII	n. 154	p. 1-570	Jul./Set. 2022

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Souza Ribeiro

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

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

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

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

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

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

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



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

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Presidente⁽²⁾
 ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004 - Vice-Presidente⁽³⁾
 LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003 - Corregedor-Regional ⁽⁴⁾
 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
 MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
 NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
 Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
 CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
 Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
 Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
 JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
 DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
 FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 ⁽⁵⁾
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
 NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
 MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
 TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
 MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
 Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
 DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
 MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
 GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
 HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
 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
 LEILA PAIVA Morrison - 21/12/2021

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 02/07/2022.

⁽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
VALDECI DOS SANTOS - Presidente

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
CONSUELO YOSHIDA
NELTON DOS SANTOS

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

MAIRAN MAIA
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
SOUZA RIBEIRO
PAULO DOMINGUES

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO
CARLOS DELGADO - Presidente
INÊS VIRGÍNIA
MARCELO GUERRA - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
DAVID DANTAS - Presidente
DENILSON BRANCO - Juiz Federal

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
GILBERTO JORDAN
NILSON LOPES - Juiz Federal
MONICA BONAVINA - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
NELSON PORFÍRIO
LEILA PAIVA

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO - Presidente

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)

EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSIAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 14/03/2018)
ANDRÉ NEKATSCHALOW (15/03/2018 a 11/03/2020)
BAPTISTA PEREIRA (12/03/2020 a 09/03/2022)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- A Constituição brasileira e os desafios para o combate à desigualdade de gênero*
Gabriela Shizue Soares de Araujo
Juliana Cardoso Ribeiro Bastos 15
- A relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos*
Leonardo Estevam de Assis Zanini
Odete Novais Carneiro Queiroz 31
- Sistema de registro de preços na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021)*
Alexandre Levin 59
- Acordo de não persecução penal: possibilidade de celebração para processos em curso quando a Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor*
Alexandre Vieira de Moraes 77

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Licitação. Rescisão unilateral de contrato. Atraso e paralisação da obra. Penalidades. Não observância da proporcionalidade e razoabilidade. Incidência de excludente da responsabilidade. Culpa concorrente verificada.*
ApCiv 0031834-30.2003.4.03.6100
Desembargador Federal Paulo Domingues 99
- Ensino superior. Adesão ao PRONATEC. Critérios de avaliação. Violação à vinculação ao edital. Inocorrência. Discricionariedade da Administração. Legalidade.*
ApCiv 0013200-97.2014.4.03.6100
Desembargador Federal Carlos Muta 105

Reintegração de posse. Faixa de domínio da ferrovia. Risco alto à segurança das pessoas. Condenação do município à obrigação de realocar os ocupantes para programas habitacionais ou de pagar aluguel social. Direito à moradia adequada. Dignidade da pessoa humana.

ApCiv 0014539-76.2014.4.03.6105

Desembargador Federal Valdeci dos Santos 112

SFH. Usucapião. Impossibilidade.

ApCiv 0015565-90.2015.4.03.6100

Desembargador Federal Peixoto Junior 122

Servidor público. Militar. Limite etário: 45 anos. Determinação expressa da Lei nº 13.954/2019.

ApCiv 5002823-06.2019.4.03.6100

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 127

Seguro de vida VGBL. Aplicabilidade do CDC. Contrato de adesão. Vedação a práticas abusivas. Período de carência. Morte natural. Cláusula limitativa de direito. Não comprovação da ciência inequívoca do consumidor. Cláusula redigida fora das diretrizes previstas pelos §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC.

ApCiv 5002436-18.2020.4.03.6112

Desembargador Federal Wilson Zauhy 132

Regularização migratória. Núcleo familiar venezuelano. Pedido de residência. Portaria Interministerial nº 652/2021. Covid-19. Afastar a penalidade de "deportação imediata".

AI 5005472-37.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 146

Transferência de matrícula de estudante dependente de servidor público militar removido "ex officio". Congeneridade entre instituições de ensino. Abrandamento da exigência no caso de inexistência, na localidade de destino e proximidades, de instituição da mesma espécie que a de origem.

Ag AI 5004382-57.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo 152

DIREITO CONSTITUCIONAL

Mandado de Segurança. Conselho Regional de Odontologia do Estado de Mato Grosso do Sul. Concurso público. Exigência de certidão de débitos relativos a tributos estaduais. Descabimento.

RemNecCiv 5004751-35.2018.4.03.6000

Desembargadora Federal Marli Ferreira 159

Anistia política. Ditadura militar. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Majoração. Cumulação com reparação por danos materiais.
ApCiv 5003289-21.2020.4.03.6114
Desembargador Federal Nelton dos Santos 167

Ação Civil Pública. Nulidade de ato administrativo mediante o qual foi nomeado novo chefe de coordenação técnica local da FUNAI. Consulta prévia às comunidades indígenas locais: desnecessidade. Ato incapaz de implementar ou alterar políticas públicas direcionadas aos povos indígenas. Convenção 169 da OIT: inaplicabilidade ao caso concreto.
AI 5006636-03.2022.4.03.0000
Desembargador Federal Hélio Nogueira 180

DIREITO PENAL

Lavagem de capitais. Crime antecedente. Tráfico transnacional de drogas. Evasão de divisas. Tentativa. Moedas estrangeira e nacional. Transporte. Ocultação.
ApCrim 0004724-45.2015.4.03.6000
Desembargador Federal Nino Toldo 187

Contrabando. Recapitulação jurídica. Flagrantes realizados pela guarda civil. Regime inicial aberto. Substituição da pena privativa de liberdade por pena de prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.
ApCrim 0002751-11.2018.4.03.6110
Desembargador Federal José Lunardelli 205

Furto qualificado tentado. Tese defensiva de reconhecimento de atipicidade em razão do crime impossível. Regime inicial aberto. Detração que não se aproveita. Substituição da pena corporal por uma restritiva de direitos.
ApCrim 0003616-07.2018.4.03.6119
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 217

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Conversão de aposentadoria por tempo de contribuição concedida judicialmente em aposentadoria especial. Impossibilidade. Observância ao título judicial.
ApCiv 0006504-49.2013.4.03.6110
Desembargador Federal Newton De Lucca 229

Revisão do benefício proposta pelo sucessor (irmão). Possibilidade. Ação de cobrança. Artigos 201, §§ 5º e 6º da CF na sua redação original.
Ag ApCiv 0000438-75.2017.4.03.6122
Desembargador Federal David Dantas 232

Juízo de retratação positivo. Reafirmação da DER. Juros de mora. Honorários advocatícios.

ApelRemNec 0015613-21.2017.4.03.9999

Desembargadora Federal Inês Virgínia 237

Revisão. Aposentadoria por idade e pensão por morte. Sentença trabalhista. Inclusão de verbas salariais. Salários de contribuição. Período básico de cálculo. Termo inicial e efeitos financeiros da revisão.

ApCiv 0036297-64.2017.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Nilson Lopes..... 243

Auxílio reclusão. Requisitos preenchidos.

ApCiv 5003906-98.2018.4.03.6130

Desembargador Federal Baptista Pereira 248

Aposentadoria por tempo de contribuição. Adicional de 25%. Concessão. Impossibilidade. RE 1.221.446/STF. Repercussão geral.

ApCiv 5495173-85.2019.4.03.9999

Desembargador Federal Nelson Porfírio 253

Salário-maternidade. Associada de cooperativa de trabalho inscrita no RGPS na qualidade de segurada contribuinte individual. Recolhimentos previdenciários. Responsabilidade da cooperativa. Dever de fiscalização do INSS.

ApCiv 5287295-59.2020.4.03.9999

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta..... 256

Aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência. Lei Complementar nº 142/2013. Segurado com deficiência moderada. Não preenchimento dos requisitos para concessão do benefício.

ApCiv 5001755-41.2021.4.03.6103

Desembargador Federal Gilberto Jordan 266

Pensão por morte. Legitimidade ativa. Decadência. Revisão da RMI do benefício primitivo instituidor. Direito à revisão da pensão por morte por decorrência lógica.

ApCiv 5014062-78.2021.4.03.6183

Desembargadora Federal Daldice Santana 274

Aposentadoria por invalidez/auxílio-doença. Requisitos preenchidos. Alta programada. Tema 1013.

ApCiv 5002869-30.2022.4.03.9999

Desembargador Federal Toru Yamamoto..... 278

Liquidação de sentença. Opção por benefício mais vantajoso concedido administrativamente. Questão submetida ao rito dos recursos repetitivos pelo E. STJ. Honorários sucumbenciais. Suspensão do feito.

AI 5003213-35.2022.4.03.0000

Juíza Federal Convocada Mônica Bonavina 283

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Liquidação extrajudicial do Banco BMD S/A. Contrato de câmbio futuro. Descabimento da devolução dos valores adiantados. Habilitação no concurso de credores. Ilegitimidade passiva do BACEN. Incompetência da Justiça Federal.

ApelRemNec 0032764-24.1998.4.03.6100

Desembargador Federal Souza Ribeiro 289

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Tema 701/STJ.

AI 0020851-84.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Nery Júnior..... 298

Decisão unipessoal. Aposentadoria. Verificação de períodos de labor especial ou rural. Impossibilidade do julgamento monocrático à luz do Código Processual vigente e do Regimento Interno do TRF3.

Ag ApCiv 5003513-26.2019.4.03.6103

Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra 306

Cumprimento de sentença. Implantação de benefício determinada por provimento precário. Posterior revogação. Repetibilidade dos valores. Tema nº 692/STJ. Liquidação nos próprios autos. Ação Civil Pública.

ApCiv 5002779-90.2020.4.03.9999

Desembargador Federal Carlos Delgado..... 317

Benefício assistencial. Intervenção do Ministério Público em primeira instância. Ausência. Anulação da sentença.

RemNecCiv 5000024-59.2021.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 323

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Competência da Justiça Federal. Reconhecida. Recebimento da inicial. Alterações da LIA promovida pela Lei nº 14.230/2021. Aplicação retroativa da norma. Regras do direito administrativo sancionador. Possibilidade. Individualização da conduta. Provas mínimas da prática dos atos ímprobos e da conduta dolosa. Razões fundamentadas. Comprovação da justa causa para ajuizamento da ação. Exigência de indícios suficientes da autoria e materialidade.

AI 5004971-83.2021.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete 326

Agravo Interno em Ação Rescisória. Prescrição quinquenal. Interrupção pela ação coletiva aforada anteriormente à ação individual. Matéria controvertida nos tribunais à época da prolação do v. acórdão rescindendo.

Ag AR 5020629-50.2021.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Denilson Branco..... 369

Conflito Negativo de Competência. Vara Cível. Vara Previdenciária. Ação Declaratória. Lei nº 14.151/2021. Afastamento de empregadas gestantes. Possibilidade de pagamento de salário-maternidade. Compensação tributária. Matéria de competência das varas federais cíveis.

CCCV 5031690-05.2021.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini..... 381

Cumprimento de sentença. Pagamento de parcela remanescente controversa após pagamento da parcela incontroversa. Modalidade. Tema 28/STF.

AI 5001571-27.2022.4.03.0000

Desembargadora Federal Leila Paiva 385

Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. Tutela antecipada antecedente. Postergação da vigência de novas tarifas portuárias. Lesão à ordem pública. Não ocorrência. Arguição de "error in procedendo" e "error in judicando". Matérias não cognoscíveis em Suspensão de Liminar.

AgRg SLS 5003182-15.2022.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 391

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Conflito de Jurisdição. Recebimento indevido do benefício do bolsa família. Estelionato majorado. Art. 171, § 3º, do Código Penal. Saques em diversos locais. Crime. Competência fixada pela prevenção.

CJ 0001923-80.2017.4.03.6132

Desembargador Federal Paulo Fontes..... 401

Mandado de Segurança Criminal. Pedido de restituição de bens realizado por correio eletrônico. Impossibilidade. Ausência de ato coator.

MSCrim 5001468-20.2022.4.03.0000

Desembargador Federal Maurício Kato..... 408

Agravo de Execução Penal. Interno do sistema penitenciário federal. Progressão de regime. Competência do Juiz Federal Corregedor do presídio. Permanência dos motivos que ensejaram a transferência.

AgExPe 5002420-41.2022.4.03.6000

Desembargador Federal André Nekatschalow 413

DIREITO TRIBUTÁRIO

Hospital. Profissionais contratados por meio de outras empresas. Terceirização. Contribuição previdenciária. Auto de infração.

Ag ApelRemNec 0020203-31.1999.4.03.6100

Desembargador Federal Carlos Francisco 421

Embargos à Execução Fiscal. EBCT. Imunidade tributária recíproca. Atividades exercidas em regime de monopólio ou concorrência. ISS. Tributo indireto. Contribuinte de direito. Repetição de indébito. Art. 166 do CTN.

ApelRemNec 0019438-11.2009.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 438

Agravo Interno em Recurso Extraordinário. Imunidade às contribuições da seguridade social. Recurso Extraordinário em desconformidade com tese de repercussão geral.

Ag RE ApelRemNec 5001004-96.2017.4.03.6102

Desembargador Federal Antonio Cedenho 447

Embargos à Execução Fiscal. Autarquia federal. IPTU. Imunidade. Imóvel. Utilização para finalidades essenciais. Presunção "iuris tantum".

ApCiv 0013170-68.2018.4.03.6182

Desembargador Federal Mairan Maia 458

Reintegra. Redução de alíquota pelo Poder Executivo. Não observados os princípios da anterioridade tributária anual e nonagesimal.

ApCiv 5005303-20.2020.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre 463

SENTENÇAS

Embargos à Execução Fiscal. Cobrança de tributos e de seus acessórios. Redirecionamento da execução fiscal sem defesa prévia. Sucessora da Mafersa.

0054721-38.2012.4.03.6182

Juiz Federal Erik Gramstrup 469

Ação Penal. Crime de concussão. Art. 316 do CP.

0000007-34.2013.4.03.6105

Juiz Federal Fernando Henrique Corrêa Custodio 498

Ação movida pela companhia de pesquisas de recursos minerais — CPRM. Pretensão de impor ao réu obrigação de fazer, consistente na retirada de postagens feitas pelo requerido em sua página no facebook e blog relacionadas à empresa pública autora, seus funcionários e dirigentes.

0009789-49.2015.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 515

Ação Penal. Artigo 55 da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais. Artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União). Concurso formal. 0000297-80.2018.4.03.6135

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 524

Invasão de conta bancária. Pagamento de boletos e realização de PIX por terceiros. Alegação de responsabilidade civil objetiva por má-prestação de serviços bancários. Transações realizadas a partir de dispositivo cadastrado validado por meio de cartão e senha da titular. Dados sigilosos informados aos estelionatários pelos próprios titulares das respectivas contas.

5000893-83.2021.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 551

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 559

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 566



Artigos Doutrinários

A Constituição brasileira e os desafios para o combate à desigualdade de gênero



Gabriela Shizue Soares de Araujo

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



Juliana Cardoso Ribeiro Bastos

Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e nas Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada.

1 Introdução

A partir da grande importância da obra inovadora “*A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres*”¹, que tem a preocupação de oferecer a interpretação da Constituição por “elas”, considera-se indispensável o olhar sobre a participação política das mulheres na sociedade brasileira.

A interferência das pessoas na tomada de decisões políticas na sociedade não é algo meramente simbólico no sentido da existência do seu reconhecimento; ao contrário, oferece a quem participa o sentimento de “pertencimento social”, deixando de ser invisível dentro de uma sociedade da qual participa.

Ponderando sobre a evolução histórica, denota-se que, primeiramente, foi alcançada a igualdade formal em muitos países e, também, no Brasil. Contudo, em um Estado que se caracteriza como democrático, a partir dos pilares da liberdade e igualdade, ainda há alguns desafios a serem enfrentados para a chamada igualdade material.

Embora na maioria dos países democráticos do Ocidente as mulheres tenham conquistado formalmente seus direitos políticos até meados do século XX, como foi o caso do próprio Brasil, não é possível dizer que isso tenha se refletido automaticamente na conquista da igualdade de gênero substantiva.

Com a finalidade de identificar esses desafios no reconhecimento da igualdade de gênero e, de modo especial, o da participação da mulher na tomada das decisões políticas, olha-se, nesse artigo, inicialmente, para a questão histórica ligada à participação popular, ao exercício da cidadania e aos seus reflexos à luz da igualdade de gênero.

Na sequência, busca-se a percepção atual sobre a igualdade de gênero na política e o que ainda se configura como obstáculo para a democracia paritária, com destaque para alguns documentos assinados nesse sentido, não apenas no plano interno, como no internacional.

Por fim, a partir da necessidade de uma mudança cultural da concepção que privilegia o homem em detrimento da mulher, analisam-se as premissas e os direcionamentos constitucionais para a efetividade da igualdade de gênero na sociedade brasileira, inclusive para compreensão do papel e do comprometimento constitucional nesse sentido.

2 Participação popular, cidadania e igualdade de gênero

Antes mesmo de se adentrar no conceito de igualdade de gênero na Constituição brasileira, é importante considerar que a sua efetivação é uma das principais bases dos Estados de Direito que se pretendem verdadeiramente democráticos. Decerto, não há que se falar em democracia sem igualdade e liberdade, por con-

1 Artigo originalmente publicado na seguinte obra coletiva: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; MOTA, Renata (Coords.). *A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres*. São Paulo: UNINOVE, 2021, p. 940-952.

seguinte não há igualdade e liberdade sem a efetiva participação popular ampla e irrestrita na condução de um Estado.



Fonte: www.freepik.com

Sabido que a democracia, como forma de governo, é uma instituição que vem evoluindo desde a Antiguidade clássica, período em que predominava o modelo de participação direta dos cidadãos das pólis nas tomadas de decisão estatais, ainda que apenas os indivíduos livres do sexo masculino e maiores de 18 (dezoito) anos fossem considerados “cidadãos” e, portanto, aptos à participação política.

Apesar da restrição do conceito do que poderia ser considerado “cidadão”, pode-se dizer que toda a base de uma democracia fundava-se na ideia de ampliar ao máximo a participação popular na condução dos assuntos públicos.

Destarte, os primados da liberdade e da igualdade em uma sociedade coletiva foram as principais contribuições da Antiguidade clássica para a construção do modelo democrático, ainda que representativo, do Estado moderno: a liberdade, aqui vista como participação ativa do cidadão na criação da vontade coletiva, de onde consequentemente se extrai a noção da igualdade, na medida em que todos os cidadãos podem participar dessa formação coletiva de vontade e a ela devem se submeter igualmente.

Transforma-se, dessa forma, a visão do ideal de liberdade, que deixa de ser aquela liberdade natural individualizada para assumir uma perspectiva de liberdade civil, liberdade pública, liberdade política. E modifica-se, também, a concepção do ser individual dentro de uma coletividade, que passa a ser visto como um cidadão dentro da sociedade, a conformar, ao lado dos demais, o sentido de povo: união de cidadãos que decidem seu destino e suas autolimitações em posição de igualdade com todos os demais.

Com isso, o sentido de liberdade ganha uma acepção política, realizando-se com a participação do povo na formação da vontade geral e na decisão sobre seu próprio destino como coletividade.

Entretanto, desde a democracia dos antigos, até a introdução da democracia moderna, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, o sentido de igualdade parecia aplicar-se apenas aos indivíduos do sexo masculino, afastando as mulheres da vida pública e política.

O próprio Rousseau, considerado o “pai da democracia moderna”, desenvolveu em seus escritos² diversas justificativas para negar o gozo de direitos políticos às mulheres, para as quais caberiam apenas papéis domésticos e estereotipados em função de seu “sexo frágil”.

Infelizmente, Rousseau não foi o único contratualista de sua época a defender a exclusão das mulheres do contrato social, como bem resume Luís Felipe Miguel:

[...] para todos eles, porém, as mulheres estão ausentes do pacto de associação, seja em razão de sua inferioridade natural (segundo Locke, Rousseau e Kant), seja por motivos circunstanciais (segundo Hobbes, para quem, originalmente igual ao homem, a mulher se fragiliza ao assumir a responsabilidade pelos filhos)³.

Eis porque as primeiras e principais lutas do movimento feminista no Ocidente, que se intensificou no fim do século XIX e perdurou até meados do século XX, foram pelo simples gozo de direitos civis e políticos pelas mulheres, especialmente, pelo direito de mulheres votarem e serem votadas. Afinal, sem participação direta nos assuntos da vida pública, como poderiam ser as mulheres consideradas cidadãs e deliberarem seus próprios interesses? A depender do pensamento que perdurou por muitos séculos, as mulheres seriam uma espécie de subcidadãs, sem liberdade para ter voz pública, dependentes dos homens para dizerem por elas.

Desse modo, entendido por democracia um regime no qual todos os cidadãos adultos, e aí incluídas as mulheres, têm direitos políticos, ou seja, em que o sufrágio é universal, sendo que os parlamentos surgiram historicamente em momento anterior à extensão do sufrágio, é possível até mesmo afirmar que houve, por muito tempo, Estados parlamentares que não eram verdadeiramente democráticos, como bem lembra Bobbio⁴, assim como havia sistemas representativos que não poderiam ser reputados como democracias, inclusive no Brasil do século XX, onde as mulheres só conquistaram o direito ao voto em 1932.

Como bem apontado por John Stuart Mill, “numa nação civilizada e adulta não deveriam existir nem párias nem homens incapacitados, exceto por culpa própria”⁵, sendo inconcebível a manutenção de um Estado democrático sem que todos e todas participem dos benefícios da liberdade política.

2 Em sua obra *Emílio*, uma proposta para a educação do homem, desde a infância, no único capítulo dedicado à educação feminina, a mulher é colocada em posição de inferioridade e subalternidade com relação ao homem, sendo natural que se dedique à maternidade e tarefas domésticas.

3 MIGUEL, Luís Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 93, e329303, 2017, p. 6. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

4 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 75.

5 MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: *Collected Papers of John Stuart Mill*. Londres: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 470].

3 Igualdade de gênero na política e democracia paritária

Embora na maioria dos países democráticos do Ocidente as mulheres tenham conquistado formalmente seus direitos políticos até meados do século XX, como foi o caso do próprio Brasil, não é possível dizer que isso tenha se refletido automaticamente na conquista da igualdade de gênero substantiva.

Séculos de dominação masculina na vida pública moldaram uma sociedade extremamente patriarcal e misógina, de modo que apenas estabelecer na lei o direito das mulheres de votarem e serem votadas não foi suficiente para eliminar as barreiras culturais, sociais e até mesmo econômicas para que elas pudessem desfrutar desses direitos em pé de igualdade com os homens.

Visando suprir essa lacuna, tratados internacionais, como 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), têm cumprido um papel importante na promoção da igualdade das mulheres, especialmente na política, inclusive com a recomendação aos Estados-partes de adoção de medidas legais e judiciais afirmativas⁶.

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 desvalorizado⁷.

6 "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".

7 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.

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 igualdade⁸.

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 ambos⁹.

8 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 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 jan. 2021.

9 “[...] 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



Fonte: www.camara.leg.br

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.

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 equitativa 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;

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". 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 jan. 2021.

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.

11 CEPAL. *Consenso de Quito*. 2007. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/compromissos-internacionais/compromisso-internacionais/?searchterm=quito>. Acesso em: 18 jan. 2021.

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 poder¹².

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.

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, a qual 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 atinentes aos direitos

12 “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 sentido”. CEPAL. *Consenso de Brasília*. 2010. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/spm-divulga-boletim-da-xi-conferencia/?searchterm=consenso>. Acesso em: 18 jan. 2021.

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: 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.

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.

4 A proteção à igualdade de gênero no texto da Constituição de 1988

A promulgação da Constituição de 1988, além de representar a redemocratização do país, também trouxe os reflexos tardios que outros países sentiram imediatamente no período pós Segunda Guerra Mundial, buscando, em seu texto, consolidar uma maior efetivação dos direitos fundamentais, incluindo-se os princípios da liberdade, igualdade e solidariedade substantivos.

No constitucionalismo, a igualdade se destaca como sendo um dos pilares do Estado Social Democrático de Direito ao conferir aos indivíduos dignidade humana no sentido de redução das desigualdades sociais e econômicas. Contudo, acredita-se que o valor igualdade encontra-se além da mera equiparação de direitos, mas exige que se busque efetivamente colocar os indivíduos em um mesmo patamar de desenvolvimento social, de modo que possam expressar as mesmas condições de exercício das liberdades garantidas constitucionalmente.

Não é recente a preocupação com o problema das desigualdades inerentes aos seres humanos e à estrutura social na qual eles se inserem, o que de algum modo foi registrado, no Brasil, desde a sua primeira Constituição, em 1824. E é inclusive a partir dessa constatação de desigualdade que a noção de igualdade surge, ao se procurar uma equiparação de todos os seres humanos no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como a sujeição a deveres¹⁵. Nesse sentido, também a discussão sobre a igualdade entre os sexos insere-se em um contexto preocupado com a igualdade entre os seres humanos.

A verdade é que não há cidadãos superiores aos demais e a luta ainda é grande em torno desse reconhecimento. Inclusive, cientificamente, já foi demonstrado, por meio do mapeamento do genoma humano, que não existem distinções substanciais entre os seres humanos, de modo que todos, em essência química e biológica, são iguais.

No entanto, construções culturais, econômicas e sociais, que nada têm de naturais, acabam por colocar os indivíduos em posições distintas, seja em razão do sexo biológico, de sua posição geográfica, de sua orientação sexual, ou por outras diferenças que deveriam condizer com a diversidade e jamais com a desigualdade. E é a partir desse reconhecimento que o Direito atua ao estabelecer a igualdade, no sentido de proporcionar, através de diferentes formas, oportunidades a todos de se desenvolverem socialmente. Até por isso, encontrar o exato sentido de igualdade

15 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II, p. 5.

não é das tarefas mais fáceis, por tratar-se de um valor reconhecido juridicamente que se entrelaça com ingredientes jurídicos e elementos metajurídicos.

A palavra igualdade, considerada sua importância, aparece 13 vezes no texto constitucional: não apenas de forma abstrata, como no *caput* do artigo 5º, mas com maior densidade jurídica por meio dos mandamentos constitucionais da não discriminação; da tolerância; do respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo. O conceito de igualdade assume, portanto, ao mesmo tempo, o papel de um direito que deve ser concretizado, como também torna-se o parâmetro para a interpretação de qualquer outra norma.

A Constituição Federal de 1988, desde o seu preâmbulo, coloca o valor da igualdade como um dos pilares do Estado Social Democrático de Direito brasileiro, ao assegurar que este será:

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Esse pilar é reforçado quando o texto constitucional reitera a proteção à igualdade como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88), determinando que cabe ao Estado, além de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Nesses termos, assume o Estado brasileiro um compromisso com programas inclusivos e não discriminatórios, que devem nortear as atividades, legislações e políticas públicas do país, a fim de alcançar patamares de igualdade que possam permitir a participação de todos na vida em sociedade.

Observa-se que, dentro do que prevê o texto constitucional brasileiro, a paridade de gênero deve representar um dos pilares de qualquer política pública de desenvolvimento. Segundo noticiado pelo CAF – Banco de Desenvolvimento da América Latina, “a igualdade de gênero também é um motor inestimável de crescimento econômico”¹⁶, vez que uma parte significativa dos avanços alcançados no início do século XX se explica graças à incorporação de cerca de 70 milhões de mulheres ao mercado de trabalho, o que contribui, entre outros aspectos, para a redução da pobreza, o dinamismo dos mercados internos e a redução das desigualdades.

O *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988 consagra a sua proteção na linha das Declarações Internacionais de Direito, garantindo a igualdade de forma ampla como um direito humano dos indivíduos, sem especificações, consignando um conceito dinâmico e multifuncional que se desdobra em inúmeras obrigações.

Isso não significa que a própria Constituição não tenha criado discrimina-

16 CAF. Banco de Desenvolvimento da América Latina. *Os benefícios econômicos e sociais da igualdade de gênero*. 02 jun. 2016. Disponível em: <https://www.caf.com/pt/presente/noticias/2016/06/os-beneficios-economicos-e-sociais-da-igualdade-de-genero/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

ções específicas almejando uma determinada finalidade de forma mais incisiva, como, por exemplo, em seu artigo 5º, inciso I, quando estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição”. Ao adotar o *discrímen* “sexo”, solidifica o constituinte a intenção de combater eventuais desníveis entre homens e mulheres a partir, claro, da medida das suas desigualdades. Nota-se a vontade constitucional de busca pela igualdade desde que haja um critério discriminatório voltado a uma finalidade que se justifique como meio a alcançar uma equiparação de sujeitos.

Complementando a premissa de Aristóteles de que a igualdade se revela no tratamento dos iguais de forma igual e dos desiguais de forma desigual, importante trazer à tona aqui o pensamento de Rui Barbosa, segundo o qual o tratamento dos desiguais de forma desigual deveria acontecer na medida da desigualação entre eles.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, buscando adotar critérios para a aplicação do princípio da igualdade, ensina que o reconhecimento das diferenciações, que não podem ser feitas sem quebra da isonomia, se divide em três questões:

[...] a primeira, diz com o elemento tomado como fator de desigualação; a segunda, reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados¹⁷.

Assim, é preciso uma certa cautela ao analisar o princípio da igualdade, já que é possível encontrá-lo em dois planos: (i) o plano da igualdade formal, aquela atribuída por meio das normas jurídicas e encontrável em praticamente todas as Constituições, para que as pessoas não sejam desiguadas pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional¹⁸; e (ii) o plano da igualdade material, ou igualdade substancial, direcionada à realização da igualdade em um plano prático.

Nesse aspecto, explica Celso Ribeiro Bastos que:

[...] igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida¹⁹.

Grande contribuição nesse sentido também foi oferecida por Hans Kelsen quando este procurou distinguir três momentos lógicos-jurídicos diferentes e teoricamente passíveis de serem atingidos pela isonomia: i) o momento ante-

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21.

18 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 287.

19 *Ibidem*, p. 285.

rior à feitura da lei; ii) o momento da elaboração desta; e, iii) o momento da sua aplicação²⁰.

Apesar da previsão constitucional e da direção ter sido traçada, o percurso pode ser longo e o caminho determinado pelas medidas tomadas desde então. Mesmo com tantas mudanças vivenciadas nos últimos anos, o século XXI ainda carrega uma desigualdade importante quando se trata do homem e da mulher. São muitos os fatores que obstaculizam a implementação da igualdade, a maioria relacionada com aspectos culturais, sendo o mais forte deles o machismo estrutural da sociedade brasileira somado a poucas políticas públicas e privadas direcionadas à realização da igualdade.

Quando se pensa na previsão constitucional que estatui a igualdade, a novidade é que, a partir do atual texto, busca-se sua concretização material somada a já “antiga” (mas também recente) igualdade formal, que preza pela proibição de discriminações legislativas. Como já se mencionou, a igualdade material vai além, pois almeja o tratamento igualitário na sua aplicação.

Apesar desse significativo avanço do ponto de vista jurídico, ele não corresponde muitas vezes à nossa realidade, já que essa desigualdade ainda é alarmante em praticamente todos os campos da atividade social, seja nas relações de trabalho, na política, nas religiões e organizações em geral, inclusive no próprio lar.

Importante registrar que, quando se fala em igualdade entre os sexos, não se está a negar que existam diferenças biológicas entre eles. Entretanto, em nenhum momento tais diferenças significam que qualquer um tenha algum tipo de primazia sobre o outro, pelo contrário, a igualdade está em se reconhecer juridicamente o direito à diversidade e à diferença, sem que isso afete de forma demeritória a construção de espaços na sociedade e a fruição equalitária de direitos e deveres.

Dessa forma, o tratamento desigual e de privilégios conferido aos homens em detrimento das mulheres não se sustenta mais, ou a divisão injusta e estereotipada da divisão sexual do trabalho, especialmente após o ingresso efetivo das mulheres no mercado com o advento da industrialização.

Como esclarece Celso Ribeiro Bastos:

[...] o que não se pode admitir, e esse parece ser o sentido fundamental do dispositivo, é que sob o manto das desigualdades biológicas, fisiológicas, psicológicas e outras possa encobrir-se uma verdadeira diferenciação de dignidade jurídica, moral e social entre ambos os sexos²¹.

Observa-se que, mesmo com a inclusão, no próprio texto da Constituição de 1988, de políticas públicas diferenciadas com relação à mulher, como, por exemplo, a aposentadoria e benefícios nas relações de trabalho, falta vontade legislativa e políticas públicas eficazes para colocar em prática os princípios gerais da Consti-

20 Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, p. 204.

21 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. II, p. 20.

tuição rumo a uma igualdade substantiva.

Aliás, ao se falar de desigualdade de gênero, importante ressaltar que ela afeta de forma diferente as mulheres, de acordo com sua condição financeira, educacional, geográfica, étnico-racial e de orientação sexual, ou seja, ocorre na interseccionalidade das necessidades femininas. Isso quer dizer que, mesmo entre as mulheres, há uma discriminação que também precisa ser superada e que a nossa Constituição, em tese, visa combater, ao reprimir qualquer tipo de discriminação e estabelecer o princípio da dignidade humana e a eliminação das desigualdades como vetores reais.



Fonte: www.tse.jus.br

5 Considerações finais

O regime democrático, por reconhecer a participação dos indivíduos na tomada das decisões políticas de uma sociedade, tem variadas facetas a indicar o nível de democracia de um determinado local.

Dessa forma, não apenas por meio do direito de “votar”, a democracia expressa-se por meio de outros formatos como, por exemplo, o alcance a determinados cargos que, majoritariamente, são ocupados pelos homens.

Essa desigualdade existente entre o homem e a mulher decorre de uma questão histórico-cultural enraizada, a partir de um pensamento que não pode mais subsistir em decorrência dos novos papéis assumidos pela mulher após a Segunda Guerra Mundial.

Apesar dos avanços normativos conquistados ao longo do tempo, os desafios ainda são muitos no que tange ao reconhecimento de uma maior igualdade entre homem e a mulher, havendo muitos espaços ocupados majoritariamente por homens, principalmente no campo político, sendo necessárias políticas que facilitem o seu acesso de forma igualitária.

A dupla jornada enfrentada pela mulher, entre casa e trabalho, é um dos grandes marcos dos desafios enfrentados por elas, além da maternidade que a sobrecarrega com inúmeras responsabilidades. Sem querer deixar de lado esses outros papéis que a mulher assume, o trabalho, por falta de condições que re-

conheçam a igualdade e a dupla responsabilidade entre os casais, leva a uma dificuldade maior por parte a mulher em alcançar determinados espaços.

Claro que não é só isso. É preciso avaliar as situações concretas e buscar as razões específicas que dificultam a sua ascensão em determinadas áreas para superar o desprestígio com as mulheres. Nesse sentido, assume papel importante na promoção da igualdade, a Constituição, que em variados momentos chamou atenção para essa necessidade.

Deveras, a Constituição dispôs de forma literal, como direito fundamental, a igualdade entre o homem e a mulher, sendo inclusive o primeiro inciso do rol de direitos fundamentais. Isso não pode deixar de significar algo. O constituinte, já em 1988, sinalizou para além da igualdade formal, atentando para a igualdade material.

Assim, imprescindível ponderar sobre os critérios constitucionais que desiguam os dois gêneros, bem como buscar soluções efetivas para uma maior participação política e, até mesmo, social, das mulheres, de forma a assegurar a efetividade do reconhecimento da paridade, inclusive, como motor inestimável de crescimento econômico, consoante expresso pelo Banco de Desenvolvimento da América Latina.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 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. Peru: IDEA Internacional/CIM Comisión Interamericana de Mujeres, 2013.

CAF. Banco de Desenvolvimento da América Latina. *Os benefícios econômicos e sociais da igualdade de gênero*. 02 jun. 2016. Disponível em: <https://www.caf.com/pt/presente/noticias/2016/06/os-beneficios-economicos-e-sociais-da-igualdade-de-genero/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CEPAL. *Consenso de Brasília*. 2010. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/spm-divulga-boletim-da-xi-conferencia/?searchterm=consenso>. Acesso em: 18 jan. 2021.

CEPAL. *Consenso de Quito*. 2007. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/compromissos-internacionais/compromisso-internacionais/?searchterm=quito>. Acesso em: 18 jan. 2021.

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.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 93, e329303, 2017. p. 6. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

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

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 jan. 2021.

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 jan. 2021.

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.

A relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos

Leonardo Estevam de Assis Zanini



Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Juiz Federal em auxílio à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo e Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul.



Odete Novais Carneiro Queiroz

Doutora e mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professora doutora, por concurso público, na graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde leciona Direito Civil.

RESUMO: O presente artigo analisa a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos, assunto que gera muita confusão entre os operadores do Direito. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. O estudo inicia com a busca da fundamentação dos direitos humanos, temática que coloca em contraposição o jusnaturalismo e o positivismo. Em seguida, o

texto examina sistematicamente as distinções entre os direitos da personalidade, fundamentais e humanos, demonstrando que, apesar de muitas semelhanças, esses direitos não se confundem. A partir da constitucionalização do Direito Civil, analisa-se o surgimento e o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que cria uma relação bastante singular com os direitos da personalidade. Por fim, estuda-se em que situações e como a teoria da eficácia horizontal deve ser aplicada.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Constitucionalização. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: This article examines the relation of personality rights to fundamental rights and human rights, a subject that generates a lot of confusion among the legal operators. This is a research that uses descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential and legislative research. The study begins with the search for the foundation of human rights, a theme that puts jusnaturalism and positivism in opposition. Then, the text systematically examines the distinctions among the personality rights, fundamental rights and human rights, demonstrating that despite many similarities, these rights are not confused. Based on the constitutionalization of civil law, is analyzed the emergence and development of the horizontal effectiveness theory of fundamental rights, which creates a very unique relation with the rights of the personality. Finally, the paper studies in which situations and how the theory of horizontal effectiveness should be applied.

KEYWORDS: personality rights; fundamental rights; human rights; constitutionalization; neoconstitutionalism.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A fundamentação dos direitos humanos. 3 Direitos humanos e direitos fundamentais. 4 Direitos humanos e direitos da personalidade. 5 Direitos fundamentais e direitos da personalidade. 6 Direitos da personalidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 7 O surgimento da teoria da eficácia horizontal. 8 A recepção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no Brasil. 9 A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais no Brasil. 10. Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A proteção da pessoa, atualmente, realiza-se tanto no âmbito internacional como interno. Ocorre que, dependendo da perspectiva de análise, isto é, ao se considerar principalmente os fatores tempo e espaço, essa proteção recebe diferentes denominações.

As denominações mais comuns dadas aos direitos que tutelam a pessoa são, entre outras: "direitos do homem", "direitos humanos", "direitos fundamentais",

“direitos humanos fundamentais”, “direitos inatos”, “direitos essenciais da pessoa”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos de humanidade”, “direitos personalíssimos” e “direitos da personalidade”. A nomenclatura apresenta variação tanto na doutrina como nos diplomas nacionais e internacionais.

Muitas vezes essas diferentes designações encontram fundamento justamente na diversidade da tutela concedida ao ser humano. Contudo, há também expressões que denominam o mesmo grupo de direitos, o que tem gerado muitas dificuldades para os operadores do Direito, que precisam conhecer cada um desses termos, bem como o seu âmbito dentro do ordenamento jurídico.

Assim sendo, é imprescindível a distinção dos direitos da personalidade, que são o objeto do presente estudo, de outras categorias afins, em especial aquelas que encontram fundamento no Direito Constitucional e no Direito Internacional, o que garantirá uma maior precisão técnico-jurídica. Para tanto, a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada precipuamente na investigação da doutrina, dos textos normativos e da jurisprudência.

O alcance dos objetivos do presente trabalho também depende de um breve exame de algumas das teorias que pretendem fundamentar os direitos humanos, visto que muitos autores procuram utilizar essas mesmas teorias para a fundamentação dos direitos da personalidade.

Diante desse panorama, além de distinguir os direitos da personalidade de outras categorias jurídicas e apresentar as relações existentes entre esses direitos, o texto também analisa brevemente, partindo da constitucionalização do Direito Civil, o surgimento e o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, pugnando pela adoção de uma de suas vertentes.

2 A fundamentação dos direitos humanos

Tradicionalmente, afirma-se que os direitos humanos (ou do homem) buscam fundamento no direito natural, isto é, são direitos derivados da própria natureza do homem, inerentes ao ser humano, que “por isso mesmo são comuns a todos os homens” e válidos em todos os tempos e lugares¹.

Para a concepção jusnaturalista, os direitos humanos subsistem independentemente do seu reconhecimento pelo Direito positivo, derivando da própria natureza humana. São direitos anteriores ao Estado, que se encontram em plano superior, acima do ordenamento estatal e em sua base². Por isso, esses direitos devem ser respeitados, reconhecidos e protegidos pelo Estado por meio do Direito positivo³.

A utilização do direito natural⁴ como fundamento dos direitos humanos, como

1 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 50.

2 CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 27-28.

3 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38-39.

4 Segundo Jorge Miranda, as expressões “direitos inatos”, “direitos naturais” ou “direitos originários” são próxi-

se derivados fossem da natureza do homem, sempre foi muito combatida pelo positivismo. Orlando Gomes há muito tempo já indicava que a qualificação desses direitos a partir do vetusto jusnaturalismo não pode ser mais admitida pela doutrina moderna⁵.

Nesse contexto, opondo-se ao jusnaturalismo, a concepção positivista vê os direitos do homem como faculdades outorgadas e reguladas pela lei. Essa tese faz então prevalecer a fonte do direito, diferentemente do jusnaturalismo, que coloca em evidência o conteúdo do direito⁶. E partindo do positivismo, conforme é defendido por De Cupis, pode-se afirmar que os direitos da personalidade existem apenas e na medida em que a lei os reconhece⁷. Não é outro o posicionamento de Lotufo, que se alinha à corrente que defende a natureza positiva dos direitos da personalidade⁸.

Entretanto, hodiernamente, os autores têm apontado a tendência de superação das vertentes tradicionais dessas teorias, o que tem dado espaço a um fundamento histórico⁹.

De acordo com Bobbio, toda pesquisa sobre um fundamento absoluto dos direitos humanos é, enquanto tal, infundada, haja vista, em primeiro lugar, que a expressão "direitos do homem" é muito vaga:

[...] A maioria das definições são tautológicas: "Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem". Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: "Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado". Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: "Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc." E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização¹⁰.

mas do termo "direitos do homem"; no entanto, elas apresentam uma concepção jusnaturalista e individualista ainda mais vinculada, bem como não são tão utilizadas atualmente como eram no passado, já que hoje se prefere o uso da designação "direitos do homem" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 52).

5 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115.

6 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 422.

7 CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 14-15.

8 LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 54.

9 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 161.

10 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 37.



Fonte: <https://arautosdelrei.org/>

Além da vagueza, Bobbio assevera que os direitos do homem são uma classe variável, bastando uma análise da história do homem para que se constate que, no decorrer do tempo, muitos direitos foram incluídos, ou excluídos do rol dos direitos inerentes à natureza humana, isso sem falar naqueles que sofreram transformações fundamentais, como o direito de propriedade¹¹. E não poderia ser diferente, já que no campo filosófico sabe-se, desde Heráclito, que a imutabilidade não é atributo das coisas deste mundo¹².

Argumenta ainda o jurista italiano que a classe dos direitos do homem é heterogênea, visto que há pretensões muito diversas entre si e, muitas vezes, até mesmo incompatíveis. Por isso,

[...] não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender¹³.

Fábio Konder Comparato obtempera, em relação à argumentação de Bobbio, que: a) todos os direitos e não apenas os fundamentais são historicamente relativos, pois sua fonte primária é a pessoa humana, um ser essencialmente histórico; b) da mesma forma que ainda não se encontrou uma definição rigorosa de direito humano, também não se chegou a apresentar uma definição precisa e indiscutível do que seja direito; c) não causa surpresa a heterogenia e complexidade dos direitos humanos, visto que os próprios direitos subjetivos são dotados de ampla heterogenia e complexidade¹⁴.

11 *Ibidem*, p. 38.

12 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 93.

13 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 39.

14 COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020, p. 6-7.

De qualquer forma, fica evidente, da leitura dos referidos autores, que os direitos humanos sofreram alterações durante seu processo evolutivo, sendo certo que tais modificações não decorrem da variação da natureza do ser humano, mas simplesmente de mudanças das condições políticas, econômicas, culturais, sociais etc., ou seja, dos valores que regem a vida do homem em sociedade. Assim, o “que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, o que, por si só, já afasta a ideia jusnaturalista da existência de direitos naturais do homem¹⁵.

Ademais, as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, vêm dando espaço à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos¹⁶.

Na mesma linha, pontifica Pietro Perlingieri, asseverando que a pessoa humana e seus direitos fundamentais são valores adquiridos, não decorrendo do direito natural. De fato, nas Constituições estão contidos princípios éticos, que devem ser interpretados evolutivamente de acordo com as modificações dos valores ético-políticos da comunidade, o que afasta a ideia de direitos que decorrem da própria natureza do ser humano¹⁷.

Com efeito, o melhor modo de justificar os valores encontrados nos direitos do homem está no fundamento histórico e não na natureza humana, uma vez que, enquanto uma invenção humana, eles estão em constante processo de construção e reconstrução¹⁸.

Assim sendo, a historicidade desses direitos, verdadeiros direitos conquistados, superou a opção pelo reconhecimento de que eles são inerentes à natureza humana¹⁹. Na mesma linha, é certo que a própria noção de personalidade não pode ser determinada de forma vinculante, pois se trata de um conceito condicionado às concessões e às experiências do momento histórico e da cultura jurídica²⁰.

Em arremate, hodiernamente, mais importante que fundamentar os direitos humanos é protegê-los, pois ao lado dos bons motivos filosóficos é imprescindível, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis²¹, que permitam a sua real proteção.

15 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

16 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31.

17 PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, jul./set. 2007, p. 79.

18 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: DE PAULA, Alexandre Sturion. *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006, p. 214.

19 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

20 BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 153-154.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235.

3 Direitos humanos e direitos fundamentais

A doutrina e a jurisprudência tratam muitas vezes as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou “do homem”) como se tivessem o mesmo sentido. A despeito disso, em uma análise mais acurada, percebe-se que as referidas locuções não são sinônimas²².

Em Direito Internacional, sobretudo nas “declarações de direitos”, são usados normalmente os termos “direitos humanos” ou “direitos do homem”.

Nos principais documentos internacionais reconhecidos pelo Brasil são empregadas justamente as referidas expressões: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); b) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969).

Não obstante o reconhecimento pelo Direito Internacional, isso não significa que esses direitos foram internalizados por todos os ordenamentos jurídicos existentes, o que demonstra que neles são mais imediatos os imperativos da consciência ética, mesmo porque, como exposto anteriormente, a sua fundamentação é histórica.

Nesse sentido, apesar da menção à fundamentação jusnaturalista, ensinam Mendes, Coelho e Branco que a expressão *direitos humanos* ou *direitos do homem*

[...] é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular²³.

Outrossim, a tutela dos direitos do homem nem sempre encontra mecanismos de implementação, sendo que, quando isso ocorre, geralmente não é possível o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais²⁴. Há ainda casos em que a tutela internacional apenas é possível após o esgotamento de todos os mecanismos disponibilizados pela ordem jurídica interna.

No âmbito do Direito Constitucional, por outro lado, prefere-se a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos reconhecidos pela Constituição, que garantem a toda pessoa uma esfera de ação própria protegida de violações por parte das autoridades públicas²⁵. São direitos previstos constitucionalmente, no plano do Direito positivo, que tutelam as pessoas frente ao Estado²⁶, o que foi acolhido pela Constituição Federal de 1988, a qual trata no seu Título II “Dos

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

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

24 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 215.

25 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 29.

26 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 49.

Direitos e Garantias Fundamentais²⁷.

A locução também é consagrada por outros Estados, entre os quais: a) a Constituição portuguesa de 1976, que prevê no art. 12 e seguintes os "Direitos e Deveres Fundamentais"; b) a Constituição da Suíça, a qual fala no Capítulo 1 do seu Título 2 em "Direitos Fundamentais" (*Grundrechte*); c) a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), que dispõe em seu Título 1 sobre "Os Direitos Fundamentais" (*Die Grundrechte*); d) e a Constituição da República de Cabo Verde, que cuida em sua Parte II dos "Direitos e Deveres Fundamentais".

Ainda, é digno de nota que, não obstante a existência de antecedentes, foi a Constituição alemã, de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar) que deu notoriedade à expressão "direitos fundamentais" (*Grundrechte*), dedicando-lhes os artigos 106 a 165²⁸.

Assim, os direitos fundamentais devem ser entendidos, pelo menos nas ordens internas do tipo continental, como os direitos do homem positivados, consagrados nas Constituições estatais, ou seja, os "direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado"²⁹. Aliás, justamente pela sua positivação interna, os direitos fundamentais são passíveis de cobrança judicial³⁰.

Não é outro o ensinamento de Robert Alexy, que também vê os direitos fundamentais essencialmente como os direitos do homem transformados em direito positivo³¹.

Todavia, no que toca ao conteúdo, não se pode falar em plena coincidência entre esses direitos, visto que há muitos direitos considerados fundamentais por determinados Estados e negados por outros, o que não é admissível quando diante de direitos do homem, que deveriam ser aceitos por todos os Estados, dado seu caráter universal.

De fato, entre os direitos fundamentais, muitos são "pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionalismos do respectivo país"³². Isso sem falar nos direitos conferidos às pessoas jurídicas, às associações, aos sindicatos, aos partidos e à própria família, que não podem ser considerados direitos do homem. Desta feita, um país pode não reconhecer um direito do homem como fundamental em seu ordenamento jurídico, bem como acolher no rol de direitos fundamentais um direito que não

27 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 154.

28 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 86-87.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

30 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

31 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 73.

32 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 51.

faz parte daqueles considerados humanos.

Até aqui, procurou-se rechaçar a adoção da concepção jusnaturalista. No entanto, não obstante a crítica que foi apresentada acerca do direito natural, não se pode olvidar que renomados juristas, como Canotilho, Jorge Miranda e Carlos Alberto Bittar, consideram que tal concepção pode ser utilizada para diferenciar os direitos do homem dos direitos fundamentais.

Realmente, de acordo com Canotilho:

[...] As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta³³.

Outro autor que também dá importância ao direito natural nessa distinção é Antonio-Enrique Pérez Luño, que, conforme citação de Luiz Eduardo Gunther, define os direitos fundamentais como os direitos positivados em nível interno. Os direitos humanos, por seu turno, seriam aqueles direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem para aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo³⁴.

Apesar disso, o fundamento histórico é o que deve prevalecer, ainda mais se for considerado que, atualmente, as Constituições preveem direitos que sequer eram imaginados pelos revolucionários do século XVIII. São direitos de conteúdo socioeconômico e político, que resultam de um processo expansivo de acumulação de níveis de proteção das esferas da dignidade da pessoa humana, os quais, se decorressem do direito natural, já deveriam constar das primeiras declarações³⁵. Esse é o caso dos direitos relativos à segurança, à saúde, ao lazer, à infância, à proteção da maternidade, à assistência aos desamparados, ao emprego remunerado, ao desenvolvimento intelectual, ao ensino, à cultura e à informação.

De qualquer forma, a distinção apresentada não significa que tais direitos estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si, sendo certo que há uma interação recíproca entre eles³⁶.

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

34 GUNTHER, Luiz Eduardo. Os direitos da personalidade e suas repercussões na atividade empresarial. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 151.

35 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 155.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito*

Portanto, a diversidade em questão pode ser apresentada da seguinte forma: a) os direitos fundamentais são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, já os direitos do homem são reconhecidos pela ordem internacional, com fundamento na evolução histórica do homem (mas há autores que buscam fundamento no direito natural); b) aqueles são reconhecidos às pessoas que se submetem a determinado ordenamento jurídico, estes tendem a serem universais, o que não lhes dá, porém, o caráter intemporal; c) muitos direitos humanos são reconhecidos como fundamentais, no entanto, isso não significa a existência de coincidência, visto que o ingresso no rol dos direitos fundamentais decorre da opção feita por cada Estado; d) os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente pela pessoa contra o Estado e seus agentes, o que tem explicação histórica, haja vista a necessidade sentida pelos particulares de se defenderem contra as autoridades sempre mais poderosas³⁷, os direitos humanos, por sua vez, normalmente não permitem o acesso direto de pessoas e instituições privadas às cortes internacionais.

4 Direitos humanos e direitos da personalidade

Os direitos humanos (ou direitos do homem) não se confundem com os direitos da personalidade. Não resta dúvida, entretanto, da existência de uma evidente proximidade, um verdadeiro parentesco, entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, uma vez que ambos procedem de uma mesma herança cultural. Vale então aqui a lembrança indispensável das múltiplas dessemelhanças³⁸.

Os direitos humanos, como já visto, são direitos reconhecidos internacionalmente, constituem as prerrogativas mínimas que devem ser reconhecidas a todo ser humano enquanto tal³⁹, não importando onde ele se encontre e nem suas particularidades⁴⁰.

No Brasil, após o processo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal⁴¹, os direitos humanos podem até ter o *status* de emendas constitucionais, o que aumenta a sua confusão com os direitos da personalidade. Contudo, a distinção não é tão difícil quanto parece num primeiro momento e pode começar pelo âmbito de atuação.

Os direitos do homem atuam internacionalmente, estão previstos em documentos internacionais, enquanto os direitos da personalidade estão previstos no ordenamento jurídico interno, sendo que sua sede mais usual está na Constituição e no Código Civil⁴².

constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

37 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 29.

38 *Ibidem*, p. 28.

39 PETIT, Bruno. *Les personnes*. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003, p. 22.

40 NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 297.

41 Art. 5º, § 3º, da CF: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

42 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra,



Fonte: <https://portalfmb.org.br/>

Aqui é interessante notar que a própria Constituição Federal reconhece que a sede dos direitos humanos está no Direito Internacional, uma vez que no seu art. 4º, II, dispõe que a República Federativa do Brasil é regida, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Assim, a proteção dos direitos da personalidade se dá pelo ordenamento jurídico de cada país, o que não ocorre na tutela dos direitos humanos, que é realizada pelos sistemas internacionais construídos principalmente no pós-guerra, que podem até mesmo subordinar o recurso às instâncias internacionais ao prévio esgotamento das vias internas⁴³, afetando seu grau de efetividade.

Por outro lado, apesar de ser comum a tutela do mesmo bem por normas de direitos humanos e de direitos da personalidade, como ocorre com os direitos à vida, à integridade física, à segurança e à intimidade, é certo que isso nem sempre acontece. A diferenciação leva em conta aqui o objeto do direito⁴⁴. E neste ponto é muito claro o ensinamento de Capelo de Sousa, valendo aqui sua transcrição:

[...] há direitos do homem (particularmente, de carácter político) cujo objecto não é protegido pelos direitos de personalidade e, inversamente, há bens, zonas, graus ou expressões de bens da personalidade humana tutelados por direitos de personalidade, que, por não revestirem carácter primário ou essencial (v.g. em matéria de imagem, de autoria moral, de sentimentos e de aspirações), não estão protegidos por direitos do homem a nível internacional⁴⁵.

Da mesma forma, ensina Bruno Petit que certos direitos da personalidade, não sendo julgados essenciais, são excluídos da lista dos direitos do homem, citando, entre eles, o direito à imagem ou o direito à voz. Ademais, destaca que numerosos direitos do homem não figuram entre os direitos da personalidade, seja porque eles não são direitos, mas simples liberdades, seja porque eles são estranhos à personalidade⁴⁶.

1995, p. 590.

43 *Ibidem*, p. 591-592.

44 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 28.

45 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 592.

46 PETIT, Bruno. *Les personnes*. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003, p. 23. No original: "Ensuite, de nombreux droits de l'homme ne sauraient figurer parmi les droits de la personnalité soit parce qu'ils ne sont pas des droits

Outrossim, os direitos humanos, conforme a concepção geralmente admitida, somente podem ser invocados em face de um Estado, enquanto os direitos da personalidade regulam as relações entre particulares, são dirigidos aos sujeitos submetidos ao Direito Privado⁴⁷.

Por conseguinte, não obstante as distinções apresentadas, o desenvolvimento paralelo dessas categorias de direitos é notório, em especial a partir da segunda metade do século XX, o que encontra substrato na dignidade da pessoa humana. Todavia, vale ressaltar, os direitos humanos não servem de fundamento para a proteção da personalidade, não se admitindo que um particular invoque, diretamente, um direito humano contra aquele que atenta contra sua personalidade⁴⁸.

5 Direitos fundamentais e direitos da personalidade

Também existe proximidade entre os “direitos da personalidade” e os “direitos fundamentais”, uma vez que esses direitos colocam a proteção do ser humano no centro dos seus objetivos: respectivamente como indivíduo e como ser humano⁴⁹. A despeito disso, tais categorias não se confundem, não há equivalência entre elas, fazendo-se necessária a compreensão da sua dicotomia.

Os “direitos fundamentais”, como mencionado, estão previstos nas Constituições, por isso, eles “têm em vista particularmente a posição do indivíduo face ao Estado”⁵⁰, sendo certo que tal preocupação é que comanda o âmbito e o regime destes direitos, que surgiram justamente pela necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado. São direitos que integram o Direito Público⁵¹.

mais de simples libertés (liberté de pensée, liberté d'expression...) soit parce qu'ils sont étrangers à la personnalité (droit de propriété). Enfin, à l'opposé, certains droits de la personnalité, n'étant pas jugés essentiels, sont exclus de la liste des droits de l'homme: il en est ainsi, par exemple, du droit sur l'image ou sur la voix. Tradução livre: “Em segundo lugar, numerosos direitos do homem não figurariam entre os direitos de personalidade, seja porque não são direitos, mas simples liberdades (liberdade de pensamento, liberdade de expressão...), seja porque são estranhos à personalidade (propriedade intelectual). Finalmente, por outro lado, certos direitos da personalidade, não sendo considerados essenciais, são excluídos da lista dos direitos do homem: é assim, por exemplo, no direito sobre a imagem ou sobre a voz”.

47 TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984, p. 27-28.

48 Conforme adverte Tercier, se os direitos do homem definem um conteúdo mínimo da liberdade que o Estado deve respeitar nas relações com os particulares, esses direitos também definem um conteúdo mínimo de proteção que tal Estado deveria garantir em seu ordenamento jurídico nas relações entre particulares. E nessa mesma ordem de ideias, conclui o professor suíço afirmando que é normal que o juiz se inspire nos direitos do homem quando chamado a se pronunciar sobre a extensão da proteção dos direitos da personalidade (*Ibidem*, p. 28).

49 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 423.

50 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 75.

51 MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

Já os “direitos da personalidade”⁵², por outro lado, “atendem às emanções da personalidade humana em si, prévias valorativamente a preocupações de estruturação política”⁵³, tendo como objetivo a proteção da dignidade do seu titular, “a sua dignidade enquanto pessoa, não uma pessoa geral, nem um membro da humanidade, mas aquela pessoa única, individual e individuada, irrepetível e infungível”⁵⁴. São direitos que se inserem no âmbito do Direito Privado.

Assim, em um primeiro momento já se percebe que a preocupação da abordagem dos “direitos da personalidade” e dos “direitos fundamentais” é diferente⁵⁵, valendo aqui a transcrição dos ensinamentos de Jorge Miranda:

[...] Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares, os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil⁵⁶.

Desta forma, as disposições concernentes aos direitos da personalidade valem nas relações entre pessoas privadas⁵⁷, isto é, nos casos de relações paritárias entre particulares ou entre estes e o Estado destituído de sua posição de supremacia (*ius imperii*). Nessas hipóteses, a tutela preventiva ou reparadora efetivar-se-á pelo Direito Civil (arts. 11 e s. do Código Civil), podendo-se afirmar, consequentemente, que a “fonte imediata dos direitos da personalidade é, inegavelmente, o Código Civil, não a Constituição”⁵⁸.

52 Há na doutrina brasileira autores que preferem a utilização da nomenclatura “direitos de humanidade”, ao invés de direitos da personalidade. Para tanto, argumentam que “os direitos de humanidade são aqueles destinados a tutelar os bens que compõem a natureza humana, é dizer, a humanidade do ser”. A personalidade, por outro lado, é atributo que confere ao ente a qualidade de sujeito de direitos (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 478). Contudo, vale notar que a nomenclatura já consagrada no direito pátrio é direitos da personalidade.

53 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 75.

54 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 57.

55 Entre os autores germânicos Günter Weick expressa semelhante distinção ao afirmar que bens como a vida e a integridade corporal são protegidos pelos direitos fundamentais nas relações do cidadão frente ao Estado, enquanto a proteção dos direitos da personalidade, para esses mesmos bens, dá-se nas relações privadas entre cidadãos, ou entre esses e entidades privadas (WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlim: Sellier, 2004, p. 172).

56 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 59.

57 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 421-422.

58 MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

Diversamente, no que toca aos direitos fundamentais, constata-se a existência de relações juspublicísticas, as quais opõem os particulares ao próprio Estado, no exercício de seu *ius imperii*, o que ocorre com o uso de mecanismos constitucionais, demonstrando que seu fundamento direto está na Constituição⁵⁹.

Outrossim, no que atine ao objeto dos “direitos da personalidade” e dos “direitos fundamentais”, muitos autores afirmam tão somente que se tratam dos mesmos direitos, encarados sob ângulos diversos.

Contudo, a distinção não é simples assim, não podendo tal ponto de vista ser aceito, pois “há direitos fundamentais que, por não terem como objecto tutelado directamente a personalidade humana, não se traduzem, ao nível juscivilístico ou nem sequer no plano da garantia juspublicística, em direitos de personalidade”⁶⁰. Nessa linha, a atribuição de direitos a organizações que não são pessoas físicas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais não se amolda à categoria dos direitos da personalidade⁶¹. Pode-se ainda citar os casos das garantias de acesso aos tribunais e da maioria das garantias processuais, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, que não podem ser consideradas como direitos da personalidade, mas estão arroladas entre os direitos fundamentais.

Com isso, fica claro que há, na Constituição, direitos que são considerados, ao mesmo tempo, direitos da personalidade e direitos fundamentais, mas também há aqueles que apenas são direitos fundamentais, não enquadráveis na categoria dos direitos da personalidade. O mesmo ocorre na legislação ordinária, especialmente no Código Civil, que prevê direitos da personalidade que também estão arrolados na Constituição como direitos fundamentais, porém, não deixa de dispor sobre direitos que tão somente podem ser considerados direitos da personalidade. Por isso, nem todos os direitos fundamentais constituem direitos da personalidade, bem como nem todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais⁶².

De fato, no Direito brasileiro, assim como no Direito de muitos outros países, a Constituição consagra como fundamentais os mais importantes direitos da personalidade. Entretanto, isso “não significa que haja uma total coincidência, até nesses direitos singulares duplamente especificados”⁶³.

Essa distinção também é explanada por Canotilho:

[...] Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade

59 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584.

60 *Ibidem*, p. 585.

61 LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 139.

62 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 581.

63 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 103.

peçoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa de vir”, cada vez mais direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. [...]. No entanto, não é apenas uma ordem de direitos subjectivos, mas também uma ordem objectiva que justificará, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas colectivas e organizações (ex.: os direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição Portuguesa). Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade⁶⁴.

Igualmente, adverte Capelo de Sousa que a larga coincidência realmente existente

[...] não significa assimilação ou perda de autonomia conceitual recíproca, pois tais categorias jurídicas, mesmo quando tenham por objecto idênticos bens de personalidade, revestem um sentido, uma função e um âmbito distintos, em cada um dos planos em que se inserem⁶⁵.

Aliás, considerando essa aproximação, deve-se atentar para o fato de que as regras materialmente civis (ou privadas) que foram constitucionalizadas, também chamadas de direitos fundamentais privados, as quais se opõem aos direitos fundamentais públicos, somente corresponderão aos direitos da personalidade quando se reportarem a bens da personalidade⁶⁶.

Por conseguinte, pode-se concluir que muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas há direitos que são enquadráveis apenas em uma das categorias, o que, no que toca ao conteúdo, demonstra apenas parcial coincidência. Ainda, os direitos da personalidade são examinados sob o prisma das relações privadas, da proteção contra outros homens, enquanto os direitos fundamentais são direitos públicos que objetivam a proteção do indivíduo contra atos do Estado. Em todo caso, é certo que esse conjunto de direitos distintos compõe um verdadeiro mosaico fragmentado, isto é, um conjunto de elementos diversos e justapostos, cuja combinação é indispensável para a plena proteção da figura humana⁶⁷.

64 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 372.

65 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584.

66 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004, t. III, p. 89.

67 MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 424.

6 Direitos da personalidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Ainda cuidando das relações existentes entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, é necessária a análise do movimento de constitucionalização do Direito Civil, que postula a supremacia da Constituição e a valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes. Prega-se então que haja uma filtragem constitucional das normas de direito infraconstitucional⁶⁸.

Em face da constitucionalização do Direito Civil, surge a questão teórica e prática atinente à aplicação dos direitos fundamentais às relações de Direito Privado. É certo que os direitos fundamentais têm eficácia vertical na pirâmide hierárquica das normas, de maneira que sua aplicação estaria restrita à relação existente entre o Estado e os cidadãos. Ora, partindo-se da ideia de que os direitos fundamentais têm apenas eficácia vertical, estaria excluída a teoria da eficácia horizontal, de sorte que os direitos fundamentais não teriam eficácia na relação cidadão-cidadão⁶⁹.

Entretanto, considerando-se a existência de exceções à regra, pugna-se pela aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, donde desponta um fenômeno que foi originalmente concebido e estudado na Alemanha, lá sendo chamado de *Drittwirkung der Grundrecht*⁷⁰ (efeito dos direitos fundamentais perante terceiros), assunto que, no Brasil, é denominado eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o qual se contrapõe à mencionada eficácia vertical⁷¹.

Realmente, considerando que a eficácia horizontal corresponde à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, é certo que os direitos fundamentais acabam não tendo a sua aplicação restrita à relação entre o Estado e os indivíduos, permitindo-se também a sua incidência nas relações entre particulares⁷². Assim sendo,

68 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012, p. 3. Disponível em: <http://civillistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 04 fev. 2021.

69 RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 799, maio 2002, p. 21.

70 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 2.

71 Acerca da terminologia utilizada no Brasil, adverte Sarlet que “se deve renunciar ao uso de expressões relativamente habituais (embora imprecisas) como ‘eficácia horizontal’ ou a conhecida *Drittwirkung* (eficácia externa ou em relação a terceiros), o que cada vez mais tem sido objeto de reconhecimento no direito constitucional comparado, inclusive na própria Alemanha” (SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civillistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 21 mar. 2021. A despeito do alerta, o assunto não será desenvolvido no presente trabalho, pelo que será utilizada a terminologia já consagrada no Direito pátrio.

72 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 170.

[...] além do dever de observar a esfera individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares⁷³.

Admitida a eficácia horizontal, consequência lógica e natural da constitucionalização do Direito Civil, discute-se em quais casos os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados e como essa vinculação se manifesta, isto é, como se configura a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para parte da doutrina, essa aplicação é automática, ou seja, imediata ou direta, enquanto outros estudiosos defendem que a aplicação dependeria da mediação de leis, no que se fala em eficácia mediata ou indireta⁷⁴. São então estudadas duas concepções relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais: a) a teoria da eficácia horizontal direta (ou imediata); b) a teoria da eficácia horizontal indireta (ou mediata)⁷⁵.

7 O surgimento da teoria da eficácia horizontal

A teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais (*unmittelbare Drittwirkung*) em relação aos particulares foi criada na Alemanha, convertendo-se em um artigo de exportação *made in Germany*⁷⁶. A própria doutrina alemã reconhece que a temática da *Drittwirkung* não é mais um fenômeno puramente alemão, tendo ganhado dimensão internacional⁷⁷.

Tal teoria é atribuída a Hans Carl Nipperdey, que, partindo da dignidade da pessoa humana, considerou que um número expressivo de direitos fundamentais não afetam apenas as relações entre os indivíduos e o Estado, mas também as relações entre particulares. Desse modo, não haveria fundamento para, por um lado, reconhecer a vinculação dos direitos fundamentais em relação ao Estado, e, por outro, negar essa mesma vinculação no que toca às relações privadas⁷⁸. Nessa linha, não seria razoável imaginar que as partes, nas relações privadas, possam atentar contra os direitos fundamentais⁷⁹.

73 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 132.

74 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 170.

75 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

76 Aponta-se um julgado de 1954, do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), como a primeira aparição da teoria da eficácia horizontal no sistema judicial alemão. No caso, discutia-se acerca da legalidade da demissão de um trabalhador sindicalista que, nas dependências da empresa, distribuiu propaganda eleitoral e pediu apoio político dos operários ao Partido Comunista.

77 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 4.

78 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 284.

79 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1, p. 77.

Nipperdey foi um constitucionalista muito atuante desde a República de Weimar, formulando, a partir de problemas existentes em relações de trabalho, a sua concepção de que a vinculação do Direito Privado aos direitos fundamentais seria imediata. Ocorre que a doutrina proposta por Nipperdey leva à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas sem que haja qualquer espécie de transformação ou adaptação. Prega-se a aplicação dos direitos fundamentais diretamente às relações entre particulares sem intermediação legislativa, ou seja, os direitos fundamentais não carecem

[...] de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado⁸⁰.

Entretanto, considerando que tal teoria conduz a consequências dogmáticas e práticas insustentáveis, na atualidade não é mais defendida na Alemanha⁸¹. Acrescente-se que o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* - *BVerfG*), há muito tempo, tem reafirmado a doutrina da eficácia indireta dos direitos fundamentais entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*). Contudo, não se pode negar o mérito dessa teoria, visto que iniciou a calorosa discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros⁸².

Por derradeiro, não se pode olvidar que as ideias de Nipperdey tiveram mais notoriedade fora da Alemanha, isto é, em outros países, como é o caso da Itália, da Espanha e de Portugal⁸³.

8 A recepção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no Brasil

Contrapondo-se ao que sucedeu na Alemanha, sobretudo após o final da década de 1990, o modelo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em relação aos particulares foi muito bem acolhido no Brasil⁸⁴.

O predomínio desse modelo, em nosso país, tanto em sede doutrinária, quanto no âmbito da jurisprudência, inclusive em julgamentos do Supremo Tribunal Federal⁸⁵, poderia ser explicado, em termos gerais, pelo fato de que os proble-

80 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

81 *Ibidem*, p. 53-54.

82 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 288.

83 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.

84 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 5-6.

85 Conforme assevera Sarmento, "é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados".

mas específicos brasileiros demandariam soluções peculiares, diversas daquelas encontradas na Alemanha⁸⁶. Contudo, é certo que ainda são poucos os trabalhos na doutrina que procuram compreender o motivo de não se ter adotado a eficácia indireta, não obstante as semelhanças existentes entre a Constituição Federal brasileira e a Lei Fundamental alemã⁸⁷.

Na doutrina, certamente, existem variações e mitigações no que toca ao modelo da eficácia direta⁸⁸. Existem estudiosos que a consideram como *ultima ratio*, devendo ser aplicada apenas em caráter residual. Outros defendem a eficácia direta vinculada à dignidade humana e sem a necessidade de intervenção legislativa, pelo que é cabível quando não houver lei ou quando a aplicação da lei não estiver em conformidade com os valores constitucionais⁸⁹.

Em todo caso, segundo seus defensores, o fundamento constitucional para a opção pelo modelo da eficácia direta estaria no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, o qual estabelece que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal norma constituiria

(SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 297).

86 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15-16.

87 A Constituição Federal brasileira e a Lei Fundamental alemã consagram o princípio da dignidade humana e um amplo rol de direitos fundamentais, com destaque para a proteção da personalidade. Com isso, ainda que “se possa diferenciar o modo pelo qual a dignidade humana e os direitos fundamentais são garantidos nos dois ordenamentos, não há dúvidas de que ambos são pautados pela meta de proteger e valorizar a pessoa e de garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Isso basta para derivar argumentos comuns, favoráveis à fundamentação de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, até mesmo porque nenhuma das constituições nega expressamente tal possibilidade” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 5).

88 Em defesa da eficácia direta, assevera Sarlet: “seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas”. E acrescenta ainda o autor que a: “tese alternativa, de acordo com a qual apenas o conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais ou mesmo o seu núcleo essencial (já que o conteúdo em dignidade nem sempre corresponde, em toda sua extensão, ao núcleo essencial dos direitos) vinculam diretamente também os particulares, embora atrativa e no nosso sentir perfeitamente compatível com o direito constitucional da Alemanha (notadamente em função do disposto no já referido artigo 1º, III, da Lei Fundamental), onde sua adoção representaria um importante avanço, não se revela a melhor para o caso do Brasil” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 21 mar. 2021). Na mesma linha, esclarece Cunha Júnior que “os direitos fundamentais não são direitos apenas oponíveis aos poderes públicos, irradiando efeitos também no âmbito das relações particulares, circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 56).

89 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 298-299.

[...] uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais⁹⁰.

Ocorre que a defesa da eficácia direta com fundamento no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal não pode ser admitida, visto que, ao se examinar a origem de tal norma, é fácil constatar que nada tem a ver com *Drittwirkung*. De fato, tal comando constitucional está relacionado com as teorias sobre a eficácia e a aplicabilidade de normas constitucionais, entre as quais é possível citar a classificação proposta por José Afonso da Silva, que distingue entre as normas de eficácia plena, contida e diferida⁹¹.

Outrossim, a utilização direta dos direitos fundamentais para a resolução de conflitos entre particulares pode constituir uma verdadeira ameaça à identidade do Direito Privado, que tem antigos e sólidos fundamentos históricos. Disposições que são milenarmente aplicadas no Direito ocidental, muitas vezes provenientes do Direito romano, são facilmente afastadas por uma argumentação que muitas vezes é bastante pobre, simplista e repetitiva. Ademais, a eficácia direta dos direitos fundamentais representa uma inadequada restrição à autonomia privada⁹².

Em face disso tudo, nas últimas décadas, foi assumido, no país, um discurso praticamente sagrado em defesa da constitucionalização do Direito Civil. E a situação se agrava ainda mais quando se percebe que o sistema utilizado no Brasil concede poderes extraordinários à cúpula do Judiciário, que passa a atuar, em nome do dogma da eficácia direta dos direitos fundamentais, como verdadeiro Poder Legislativo paralelo. Matérias que não encontram espaço ou consenso para aprovação no Parlamento acabam por ser transformadas em Direito positivo graças a decisões judiciais, o que é feito sem o aval ou mesmo contra o que foi decidido no Legislativo, tudo em nome da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a plêiade de problemas criados pela eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais pode ser mitigada pela adoção da teoria da eficácia horizontal indireta⁹³.

90 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civillistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 21 mar. 2021.

91 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 333-334.

92 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 49.

93 Não se pode deixar de mencionar a existência, ao lado da dicotomia entre eficácia direta e indireta, de soluções diferenciadas. De fato, há na doutrina autores que propõem modelos alternativos, que admitem situações de eficácia indireta e, igualmente, de eficácia direta. É dizer: os sistemas de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não seriam excludentes, de maneira que, ao se admitir um deles, não se eliminaria a existência do outro (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145 e ss). Entretanto, o problema dessas soluções diferenciadas está justamente em se saber quando se aplica a eficácia direta e quando se utiliza a eficácia indireta.

9 A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais no Brasil

A teoria da eficácia indireta parte da ideia de que os direitos fundamentais não incidem diretamente nas relações privadas⁹⁴. É necessário, entretanto, que se estabeleça em que situações e a forma como a eficácia indireta será aplicada. Para tanto, é imprescindível que se leve em conta, entre outros fatores, a segurança jurídica e o respeito à separação dos poderes, caso contrário é certa a banalização dos princípios constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, o que está cada vez mais em evidência no panorama jurídico nacional.

Como se sabe, o legislador é o intérprete fundamental da Constituição, sendo-lhe atribuída a tarefa de tornar concreto, em primeira linha, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais. Daí que a realização da concretização cabe, primordialmente, aos titulares da função legislativa. E o legislador, em tal atividade, está vinculado aos direitos fundamentais, o que constitui um parâmetro a ser levado em conta no controle das normas por ele editadas⁹⁵.

Nessa linha, ao se adotar a eficácia indireta, é então imprescindível que fique bem claro que, quanto maior for a intervenção legislativa na solução de conflitos jurídicos, mais estreita será a margem de apreciação dos magistrados e menos expressivo será o papel dos direitos fundamentais nas decisões judiciais. Por isso, o juiz não pode simplesmente desconsiderar a legislação infraconstitucional, abandonar o comando legal, para recorrer diretamente ao texto constitucional, visto que tal conduta leva à rápida banalização dos direitos fundamentais e à destruição do Direito Civil.

Aliás, o recurso direto ao texto constitucional perde significação na medida em que as normas de direitos fundamentais possuem um nível de abstração maior do que as normas situadas no Direito ordinário. Tal abstração indica justamente a necessidade de que atue o legislador, representante do povo, para que os direitos fundamentais ganhem uma dimensão objetiva nas relações privadas. Assim sendo, a adoção da eficácia indireta também permite a equalização do problema da elevada abstração das normas de direitos fundamentais⁹⁶.

Nessa linha, é certo que a redução do grau de abstração constitucional pelo legislador tem como consequência a restrição da discricionariedade dos agentes públicos, particularmente do Judiciário. Contudo, é melhor que o Parlamento limite a discricionariedade judicial por meio da legislação, evitando então a aplicação

94 Apontando-se o julgamento do caso Lüth (1958), pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, como o precursor da teoria da eficácia horizontal indireta (SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152). De fato, no caso em questão, o Tribunal Constitucional Federal verificou "se o tribunal cível, por ocasião da aplicação da cláusula geral de direito privado do § 826 do BGB, reconheceu corretamente a importância e o alcance do valor jurídico-fundamental da livre manifestação de opinião" (DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos*: 1952-1983. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59).

95 DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 389.

96 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 337.

irrestrita de disposições constitucionais totalmente abstratas, que tudo podem permitir. Caso contrário, ocorrerá a substituição do poder de autodeterminação individual pelo que for determinado pelo juiz com base na aplicação direta de direitos fundamentais às relações privadas⁹⁷.

De fato, quando se adota a eficácia direta, a qual considera que tudo pode ser objeto de incidência dos direitos fundamentais, cria-se maior incerteza jurídica, haja vista o elevado grau de subjetividade das decisões, fundadas puramente em ponderações. Tudo acaba não passando de mera retórica, uma vez que essas decisões permitem a adoção de qualquer solução, bastando que se remeta a determinado direito fundamental e que se apresente um amontoado de expressões abstratas como suposta motivação⁹⁸.



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

Assim sendo, a fim de que tais problemas sejam evitados, o mais adequado é a adoção da teoria da eficácia indireta⁹⁹, que promoverá uma espécie de filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil. Para tanto, para o ingresso dos direitos fundamentais nas relações privadas, exige-se a mediação legislativa por meio de normas infraconstitucionais, o que é feito principalmente mediante a técnica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Essas duas importantes ferramentas jurídicas constituem verdadeiras autorizações legais concedidas aos juízes, que permitem, por exigirem não somente a interpretação, mas também o preenchimento valorativo, a abertura pontual do Direito Civil aos valores provenientes da Constituição¹⁰⁰.

97 *Ibidem*, p. 350.

98 *Ibidem*, p. 350.

99 A teoria da eficácia indireta é igualmente defendida por Duque, que considera que “os direitos fundamentais em geral não podem vincular os particulares diretamente, como ocorre nas relações entre o cidadão e o Estado. Parte-se do pressuposto de que, em princípio, somente o Estado está diretamente vinculado aos direitos fundamentais; os particulares, nas relações que tecem entre si, apenas indiretamente” (DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019, p. 6).

100 Acerca das cláusulas gerais, vale notar que elas são preceitos normativos de elevado grau de indeterminação, à semelhança dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais. E aí surge o risco de que a ordem objetiva de valores, em função da utilização do critério da ponderação, seja substituída por juízos

O mesmo raciocínio é defendido por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

[...] os direitos fundamentais não se aplicam diretamente no direito privado, não resolvem diretamente os litígios de direito civil. Mas a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais significa que eles se aplicam a todos os âmbitos do direito, e consequentemente também influenciam o direito privado. Aqui, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais opera por via das disposições que dominam diretamente a área jurídica concreta (Código Civil, *in casu*), especialmente das cláusulas gerais e dos demais conceitos suscetíveis e carecidos de interpretação, que têm de ser interpretados no sentido deste conteúdo jurídico; as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados são, por isso, também designados de “pontos de penetração” dos direitos fundamentais no direito civil¹⁰¹.

Nessa tarefa, ganha relevo a dignidade da pessoa humana, que vai limitar e orientar a valoração, a qual não pode violar a liberdade negocial e nem a autonomia privada¹⁰². De fato, os institutos do direito privado precisam manter a sua estrutura particular, que tem fundamento na autonomia privada, não se admitindo que a liberdade de autodeterminação seja asfixiada, “sob pena de subversão da própria estrutura ôntica das relações privadas”¹⁰³. Daí que se pode dizer que é pressuposto básico da eficácia indireta a preservação da autonomia privada, princípio basilar do Direito Privado, o qual vem sendo aniquilado diuturnamente pela aplicação direta dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a eficácia indireta evita a vulgarização dos direitos fundamentais, pois, como regra, não há o abandono do texto infraconstitucional e dos métodos hermenêuticos clássicos, somente havendo a incidência constitucional em determinadas relações entre particulares, o que exige exaustiva argumentação e fundamentação por parte do magistrado. Ainda, em função das restrições impostas pelas cláusulas gerais, verdadeiras portas de entrada dos direitos fundamentais, o processo de constitucionalização não leva à perda de identidade do Direito Civil, resguardando as suas raízes históricas e a sua autonomia no quadro do sistema jurídico. Ademais, a eficácia indireta limita o subjetivismo decisório e a insegurança jurídica.

10 Considerações finais

Após o enfrentamento da celeuma criada pela fundamentação dos direitos humanos, por um lado apontando a perspectiva jusnaturalista e, por outro, a centrada no positivismo, preferiu-se a opção por buscar sua proteção, considerando-se que os mesmos estão em permanente construção, no fundamento histórico.

axiológicos do intérprete, o que certamente representa um risco para a segurança jurídica (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162).

101 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-108.

102 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 344.

103 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1, p. 79.

O *discrímen* usado para extremar os direitos humanos dos direitos fundamentais é bastante simples e objetivo ao se dizer que esses são direitos humanos positivados em cada Estado. Isso justifica a existência de direitos fundamentais considerados em um Estado e não em outro.

No que toca à relação entre os direitos da personalidade e os direitos humanos, é preciso que se saliente que não se está identificando aí a personalidade como capacidade de ter direitos e obrigações e sim personalidade como um conjunto de atributos inerentes à condição humana.

Nessa perspectiva, é certo que os direitos da personalidade e os direitos humanos têm a mesma herança cultural, mas há indubitáveis dessemelhanças, entre as quais o fato de que a tutela dos direitos da personalidade efetiva-se pelo ordenamento jurídico de cada país, enquanto a proteção dos direitos humanos é alcançada pelos sistemas internacionais construídos no pós-guerra.

Nessa apertada síntese foram trazidas as marcas identificadoras de cada instituto. Entretanto, restou a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais, cuja tese defendida neste trabalho foi a eficácia indireta.

Deveras, a própria existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é testemunha das diferenças que existem entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Se esses últimos pressupõem relações de poder, os direitos da personalidade pressupõem relações de igualdade.

Autores, como os citados nesse trabalho, afirmam que há uma área comum a ambos e duas áreas exclusivas de cada um desses direitos. Poder-se-ia considerar que eles se interseccionam, assim como dois círculos que se perpassam, sendo que cada direito tem uma área exclusiva e ambos têm uma área comum entre si.

Todavia, essa fragmentação normativa não deve perder o sentido existencial da pessoa, que exige uma proteção unitária e integral, não admitindo ser substancialmente parcelada em multiplicidade de aspectos, desconectados uns dos outros, cada um dos quais se apresenta como um interesse juridicamente tutelável de modo autônomo.

Vale, ainda, notar que a eficácia horizontal direta mostra-se como um instrumento perigoso, na medida em que cria a possibilidade de um ativismo judicial exacerbado, transformando decisões judiciais em direito positivo com a justificativa da eficácia direta dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, com a elevada carga de abstração de suas normas ligada à subjetividade própria de decisões fundadas somente em ponderações, não devem, por isso, ser diretamente aplicados nas relações civis. Se a opção fosse pela eficácia horizontal direta, restaria propiciada ao Judiciário uma atuação que deixaria de respeitar a autonomia dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), transformando-o em real Poder Legislativo paralelo.

Ademais, é preciso preservar uma mínima segurança jurídica, o que indica a necessária restrição da chamada constitucionalização do Direito Civil para que não haja, a cada instante, a reelaboração do Direito Civil por força de nova interpretação do texto constitucional. Tais exageros na intervenção do Direito Constitucional no Direito Privado geram acentuada preocupação, pois ocasionam uma insegurança jurídica evidente, o que nos leva a reafirmar que o modelo da eficácia indireta é mais adequado.

Referências

- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.
- BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. Coimbra: Almedina, 2004, t. III.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.
- DÜRIG, Günter. *Escritos Reunidos: 1952-1983*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, v. 1.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère. Qualification de droit de la personnalité au regard des droits fondamentaux. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Org.). *Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 421-465.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1.
- PETIT, Bruno. *Les personnes*. 3. ed. Grenoble: PUG, 2003.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 799, p. 21, maio 2002.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul./set. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TERCIER, Pierre. *Le nouveau droit de la personnalité*. Zurique: Schulthess, 1984.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.
- WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

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

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

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

Sistema de registro de preços na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021)



Alexandre Levin

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo dos cursos de graduação e pós-graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Procurador do Município de São Paulo, atualmente exercendo as funções de Assessor Jurídico na Secretaria de Urbanismo e Licenciamento do Município de São Paulo (SMUL).

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceitos sobre o sistema de registro de preços constantes da Lei nº 14.133/2021. 2.1 Conceito de ata de registro de preços. 2.2 Conceito de órgão ou entidade gerenciadora. 2.3 Conceito de órgão ou entidade participante. 2.4 Conceito de órgão ou entidade não participante. 3 Procedimento do sistema de registro de preços na Lei nº 14.133/2021. 3.1 Sistema de registro de preços para executar obras e serviços de engenharia. 3.2 Prévia pesquisa de mercado. 3.3 Normas sobre o sistema de registro de preços previstas em regulamentos. 3.4 Rotina de controle e atualização dos preços registrados. 3.5 Prazo de validade da ata de registro de preços. 3.6 Prazo de validade do contrato decorrente da ata de registro de preços. 3.7 Cadastro de reserva. 3.8 Julgamento de menor preço por grupo de itens. 3.9 Registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação. 3.10 Vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto. 4. Conclusão. Referências.

1 Introdução

O sistema de registro de preços (SRP) é um procedimento utilizado há muito tempo pela Administração Pública direta e indireta de todos os entes da Federação, com vistas a adquirir bens e a contratar a prestação de serviços.

As vantagens decorrentes de sua aplicação tornaram o SRP um instrumento empregado com muita frequência pelo Poder Público. O sistema permite comprar de forma parcelada, adquirir somente o necessário e evitar desperdício de recursos públicos, já que não há necessidade, por exemplo, de estocar todo o medicamento ou toda a merenda escolar a ser utilizada durante o ano, o que contribui para evitar que os produtos percam a validade nos estoques da Administração¹.

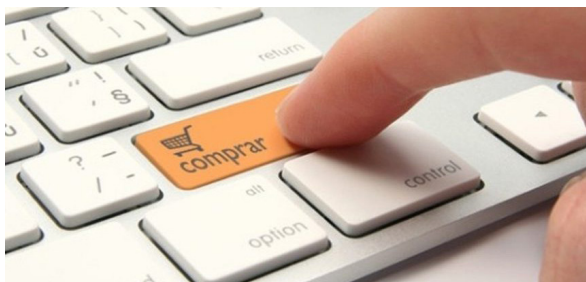
Por essas razões, a Lei nº 8.666/1993 estabelece a preferência pela compra por meio do SRP (art. 15, inc. II). No mesmo sentido, a Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos administrativos) prevê que:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

[...]

II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente.

Assim, denota-se que a Lei nº 14.133/2021 mantém a importância conferida ao SRP, bem como sistematiza o seu uso pelo Poder Público, reunindo, em uma seção própria (arts. 82 a 86), normas sobre o instrumento previstas em diplomas esparsos. Portanto, a nova lei de licitações compilou o texto de resoluções, decretos e leis que tratam do SRP², a garantir mais segurança jurídica para quem o utiliza.



Fonte: www.parceriasgovernamentais.com.br

- 1 O detentor da ata de registro de preços, que é o vencedor do certame que antecedeu à sua elaboração, fornecerá o produto de acordo com a demanda dos órgãos públicos. Para tanto, quando a Administração necessitar daquele bem, convocará o fornecedor para vender o produto, até o limite prefixado na ata. Acima desse limite, o detentor fica desobrigado de fornecer o produto registrado. Assim, o órgão público pode, por exemplo, adquirir combustível de acordo com as suas necessidades, sempre que precisar, a Administração adquirirá o produto do detentor da ata, a evitar, com isso, aquisições desnecessárias. (LEVIN, Alexandre. Licitação. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; NAKAMURA, André Luiz dos Santos (Orgs.). *Direito administrativo*. Brasília: Coutinho, 2016, pp. 96-97).
- 2 Em especial, o art. 15 da Lei nº 8.666/1993 e o Decreto Federal nº 7.892/2013, que o regulamentava, além de instruções normativas editadas pela Administração Federal, como a Instrução Normativa nº 73, de 5 de agosto de 2020, editada pelo Ministério da Economia.

Ademais, importa destacar que as empresas estatais também podem fazer uso do SRP, embora a Lei nº 13.303/2016 não tenha feito referência expressa à preferência por sua utilização (art. 63, inc. III, e art. 66).

2 Conceitos sobre o sistema de registro de preços constantes da Lei nº 14.133/2021

Inicialmente, compete apresentar o conceito previsto na Lei nº 14.133/2021, a qual define o sistema de registro de preços como:

Art. 6º. [...]

XLV – [...] conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras.

Essa definição não difere em substância daquela estabelecida pelo Decreto Federal nº 7.892/2013, que regulamenta o SRP na Administração direta e indireta da União³.

Não obstante, de plano, já se nota uma diferença em relação ao conceito previsto no decreto federal, visto que a nova lei de licitações permite, expressamente, que o registro de preços seja realizado mediante contratação direta⁴.

Em outro dispositivo, a Lei nº 14.133/2021 estabelece que:

Art. 82. [...]

§ 6º. O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

Desse modo, nota-se a necessidade de edição de decreto para regulamentar o preceito, mas a diferença em relação ao regime jurídico anterior é evidente, ainda que a nova lei preveja a contratação direta para o registro de preços apenas para os casos de aquisições de bens ou serviços por mais de um órgão ou entidade da Administração.

Portanto, o detentor da ata de registro de preços poderá ser escolhido sem licitação, desde que se trate de hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, previstas na Lei nº 14.133/2021⁵.

3 Nos termos do Decreto Federal nº 7.892/2013, SRP é o “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras” (art. 2º, inc. I).

4 Vale ressaltar que a Lei Federal nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da pandemia de COVID-19, também prevê a possibilidade de registro de preços com dispensa de licitação, quando se tratar de compra ou de contratação por mais de um órgão ou entidade (art. 4º, § 4º).

5 As hipóteses de inexigibilidade (não exaustivas) e de dispensa de licitação (exaustivas) estão previstas, respectivamente, no art. 74 e no art. 75 da Lei nº 14.133/2021.

O mesmo fornecedor, contratado diretamente pelo órgão ou entidade gerenciadora, venderá seus bens ou prestará seus serviços para mais de um órgão ou entidade da Administração, de acordo com os quantitativos solicitados por cada qual na fase preparatória do processo de contratação da ata (Lei nº 14.133/2021, art. 86).

Como exemplo, imagine-se a contratação direta de um laboratório para fornecer medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde, hipótese de dispensa prevista na Lei nº 14.133/2021 (art. 75, inc. IV, *m*). O fornecedor, nesse caso, poderá ser contratado diretamente via ata de registro de preço e venderá, portanto, para mais de um órgão ou entidade participante, de acordo com os quantitativos solicitados por cada ente.

2.1 Conceito de ata de registro de preços

O conceito de ata de registro de preços, previsto no Decreto Federal nº 7.892/2013 (art. 2º, inc. II), também não foi alterado de forma substancial pela nova lei de licitações. Para a Lei nº 14.133/2021, ata de registro de preços é:

Art. 6º. [...]

XLVI – [...] documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas⁶.

O caráter contratual – ou pré-contratual, como querem alguns – da ata de registro de preços foi mantido. O fornecedor registrado como tal na ata tem o direito a não ser preterido no momento da contratação do serviço ou da aquisição do produto, desde que o preço registrado não se torne superior ao preço de mercado do bem. Por isso, trata-se de “compromisso para futura contratação” (art. 6º, inc. XLVI). Assim, se a Administração, de fato, quiser adquirir o bem ou serviço registrado, deverá comprar ou contratar o detentor da ata, isto é, a pessoa física ou jurídica que figure como fornecedora na ata de registro de preço⁷.

É certo que o dispositivo constante do art. 83 da Lei nº 14.133/2021 prevê que a existência de preços registrados implica a obrigação por parte do detentor da ata de fornecer os produtos ou serviços nas condições de preço e prazo ali estabelecidas, mas não obriga a Administração a contratar, facultando a realização de licitação para tanto.

6 O dispositivo deixa claro que a ata de registro de preços pode ser originada de uma contratação direta, e não necessariamente de uma licitação, conforme exposto no item anterior deste trabalho.

7 De acordo com Marçal Justen Filho, o registro de preços é um contrato normativo, expressão que indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, que estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes. Por isso, as condições pactuadas no registro de preços são vinculantes para ambas as partes. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 179).

Ocorre que a mesma norma estabelece que a decisão do Poder Público de não contratar o detentor da ata deve ser devidamente fundamentada (Lei nº 14.133/2021, art. 83, parte final). Em outras palavras, a Administração deve motivar sua decisão de realizar procedimento licitatório para adquirir bem que tenha preço registrado em ata. Pode, por exemplo, alegar que o preço registrado é superior ao que o mercado cobra, e demonstrar isso por meio de uma pesquisa de preços⁸.

Assim, não há plena discricionariedade da Administração para escolher entre contratar ou não o detentor da ata, vez que os motivos de fato para a não contratação – e a realização de nova licitação para adquirir o bem registrado – devem ser devidamente demonstrados. Daí ser cabível atribuir à ata de registro de preços o caráter de um pré-contrato, ou, como quer a Lei nº 14.133/2021, de um “compromisso para futura contratação”.

Ademais, percebe-se que a nova lei de licitações atribui ao SRP a natureza de procedimento auxiliar das licitações e das contratações realizadas pela Administração Pública (Lei nº 14.133/2021, art. 78, inc. IV)⁹.

Entretanto, a ata de registro de preços não constitui um contrato em que o Poder Público se obriga a adquirir determinada quantidade de bens ou serviços, mas sim de um compromisso de adquirir futuramente esses bens, caso seja realmente necessário e economicamente vantajoso para a Administração. Mas, se o Poder Público de fato necessitar do bem ou do serviço, deve dar preferência ao detentor da ata, que fornecerá o objeto contratado pelo preço registrado e nas condições e prazos de entrega previstos no compromisso.

2.2 Conceito de órgão ou entidade gerenciadora

O conceito de órgão ou entidade gerenciadora na nova lei de licitações é o mesmo constante do Decreto Federal nº 7.892/2013 (art. 2º, inc. III):

Art. 6º. [...]

XLVII – [...] órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente.

8 A Lei nº 8.666/1993 prevê norma semelhante: a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições (art. 15, § 4º). A nova lei de licitações não estabelece a preferência pelo detentor da ata, nas hipóteses em que o seu preço for igual ao do adjudicatário do novo certame, mas é defensável a tese de que, nesses casos, o bem ou serviço deve ser adquirido do detentor, já que a ata, por ele subscrita, corresponde a um pré-contrato. Nas palavras de Edgar Guimarães, a opção por não contratar por meio do registro de preços apenas se sustenta juridicamente se houver razões de interesse público decorrentes de um fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal providência administrativa. (GUIMARÃES, Edgar. *Compras e registro de preços*: arts. 14 a 16 da Lei nº 8.666/93. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (Coord.). *Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2016, p. 101).

9 No mesmo sentido, a Lei nº 13.303/2016, que regula o regime de licitações e contratos das empresas estatais, indica o SRP como um procedimento auxiliar às licitações (art. 63, inc. III). Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

Desta forma, trata-se do órgão ou entidade da Administração Pública que realiza a licitação para o registro de preços, de acordo com as regras gerais constantes do art. 82 da nova lei¹⁰, ou que contrata diretamente o detentor da ata, e que deve promover, na fase preparatória do certame, “procedimento público de intenção de registro de preços” (IRP), para viabilizar a participação, na mesma ata, de outros órgãos ou entidades (Lei nº 14.133/2021, art. 86)¹¹.

Final, quanto mais interessados em adquirir os bens ou serviços do mesmo fornecedor, maior é a chance de se conseguir redução no seu preço unitário, em razão da economia de escala no fornecimento. Esse é um dos objetivos que fundamenta o SRP: o ganho de escala na compra do mesmo produto por diferentes órgãos e entidades da Administração, de um mesmo fornecedor, durante o prazo da ata, barateia a compra.

Nesse desiderato, a Lei nº 14.133/2021 obriga o órgão ou entidade contratante da ata de registro de preços a comunicar a toda a Administração sua intenção de utilizar o SRP, seja por contratação direta, seja por meio de licitação. Deve ser concedido, aos demais órgãos ou entidades administrativas, o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis para manifestarem interesse em participar da ata e encaminharem os quantitativos que pretendem utilizar (art. 86)¹².

O procedimento público de IRP só é dispensável nas hipóteses em que o órgão ou entidade gerenciadora seja o único contratante (Lei nº 14.133/2021, art. 86, § 1º)¹³. Por exemplo, se o objeto contratual só interessar, pela sua natureza, ao órgão gerenciador, nesse caso a consulta aos demais órgãos e entidades administrativas é desnecessária.

2.3 Conceito de órgão ou entidade participante

O conceito de órgão ou entidade participante também não destoa daquele previsto no decreto que regula o SRP em âmbito federal (Decreto Federal nº 7.892/2013, art. 2º, inc. IV)¹⁴. Cuida-se do órgão ou entidade que:

Art. 6º. [...]

XLVII – [...] participa dos procedimentos iniciais da contratação para registro de preços e integra a ata de registro de preços.

10 Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

11 O Decreto Federal nº 7.892/2013 trata do tema no art. 4º, que institui o procedimento de IRP, a ser utilizado pelos órgãos e entidades administrativas para registrar e divulgar os itens a serem licitados, para o registro de seu preço em ata. Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

12 O Decreto Federal nº 7.892/2013 também prevê o prazo de 8 (oito) dias úteis para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar de IRP no Portal de Compras do Governo federal (art. 4º, § 1º-A). Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

13 O Decreto Federal nº 7.892/2013 prevê que a divulgação da IRP poderá ser dispensada, de forma justificada, pelo órgão gerenciador (art. 4º, § 1º). A regra é a consulta a outros órgãos públicos sobre o interesse em participar dos procedimentos iniciais do registro de preços; só excepcional e motivadamente essa consulta pode ser dispensada.

14 Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

Em outras palavras, é o órgão ou entidade que atende ao chamado do órgão gerenciador, manifesta seu interesse em participar do processo de registro de preços e encaminha sua estimativa contratual. Esse quantitativo integrará o total a ser licitado ou contratado diretamente pelo órgão gerenciador.

Aliás, os quantitativos indicados por cada órgão ou entidade participante serão incluídos no cálculo da quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida do detentor da ata (Lei nº 14.133/2021, art. 82, inc. I)¹⁵. O órgão participante, por ter participado desde o início do processo de elaboração da ata, tem direito a que seu quantitativo estimado seja fornecido pelo detentor, sempre que solicitado.

Vale notar que a Lei nº 14.133/2021 permite que órgãos ou entidades de diferentes esferas da Federação participem do mesmo processo de registro de preços. Por exemplo, se um Ministério resolve elaborar uma ata para determinado bem ou serviço, Secretarias Estaduais e/ou Municipais também podem participar do processo, encaminhando seus quantitativos.

Tal possibilidade está prevista também no Decreto Federal nº 7.892/2013, que prevê a chamada compra nacional, procedimento em que:

Art. 2º. [...]

VI – [...] 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 beneficiados¹⁶.

Na nova lei de licitações, não se exige, todavia, que a compra conjunta seja realizada no âmbito de programa ou de projeto federal, permitindo, de forma mais ampla, que processos de SRP sejam realizados nacionalmente, mediante a elaboração de atas de registro de preços constantes do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (Lei nº 14.133/2021, art. 174, § 2º, inc. IV)¹⁷.

2.4 Conceito de órgão ou entidade não participante

Nos termos da nova lei de licitações, órgão ou entidade não participante é aquele que:

Art. 6º. [...]

XLIX – [...] não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e não integra a ata de registro de preços¹⁸.

15 O Decreto Federal nº 7.892/2013 prevê que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar a "estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes" (art. 9º, inc. II). Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

16 O procedimento para realizar a compra nacional via SRP é regulado no art. 6º, §§ 2º a 4º, do Decreto Federal nº 7.892/2013. Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

17 Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

18 O Decreto Federal nº 7.892/2013 define órgão não participante como o "órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços" (art. 2º, inc. V). Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

Esses órgãos podem aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, atendidos determinados requisitos (Lei nº 14.133/2021, art. 86, § 2º, incs. I a III). A nova lei de licitações mantém, assim, a previsão da figura do “carona”, que já consta do Decreto Federal nº 7.892/2013 (art. 2º, inc. V) e é objeto de antigas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais¹⁹.

O “carona” é um órgão ou entidade administrativa que não manifestou interesse em participar inicialmente da ata; não se interessou, de início, pelo seu objeto e não encaminhou, portanto, os quantitativos contratuais estimados ao órgão licitante que elaborou a ata (órgão gerenciador). Mas, em momento posterior à assinatura da ata, já no transcorrer do seu prazo de validade, o órgão não participante decide utilizá-la para adquirir os bens e serviços nela registrados.

Fácil perceber que esse procedimento distorce economicamente a contratação da ata, já que se o seu detentor (vencedor da licitação ou contratado diretamente) soubesse que o quantitativo que venderia seria maior do que o indicado no edital do certame, poderia ter oferecido um preço unitário menor, a ganhar com a escala do produto ou serviço. Maior quantidade de bens fornecidos, sem aumento do custo de produção, viabiliza a oferta de produtos mais baratos para a Administração Pública. A economia de escala é benéfica para todos: fornecedores e Administração.

Por essas razões, a ausência do “carona” na fase inicial de definição do quantitativo estimado a ser licitado contribui para aumentar o valor da contratação – a Administração pagará mais pelo produto. Se o “carona” participasse desde o início, os órgãos e entidades participantes teriam a chance de pagar menos pelo produto ou serviço contratado. Daí as críticas que a utilização da ata pelo órgão não participante sempre sofreu por parte da doutrina.

19 Toshio Mukai critica com veemência a utilização da ata de registro de preços pelo “carona”. Nos dizeres do autor, a presença de órgãos não participantes viola o art. 37, inc. XXI, da Constituição, pois esses órgãos ou entidades, que, no curso da execução de uma ata de registro de preços, podem adquirir os bens ou serviços licitados pelo órgão gestor e pelos outros convidados a participar, em última análise, estão adquirindo bens ou serviços sem ter participado de qualquer licitação. (MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55). Marçal Justen Filho defende que a existência do “carona” infringe o princípio da vinculação ao edital, a disciplina da habilitação e o princípio da isonomia. Nos dizeres do autor, a presença do “carona” ofende, inclusive, o princípio da República, porque conduz à transferência para o particular dos ganhos decorrentes da escala econômica. Se a Administração Pública pretender adquirir 100.000 unidades, o preço unitário não poderá ser o mesmo praticado para a hipótese de aquisição de 1.000 unidades do mesmo objeto. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, pp. 195-197). Joel de Menezes Niebuhr também critica com veemência a previsão sobre o “carona”, a afirmar que a adesão à ata de registro de preços opõe-se a uma plêiade de princípios do Direito Administrativo, por isso, caracteriza-se como inconstitucional e ilegal. Para o autor, cumpre reconhecer que, para os agentes administrativos, a adesão à ata de registro de preços é algo extremamente cômodo, porquanto os desobriga de fazer licitação. Em vez de lançar processo licitatório – com todos os desgastes e riscos que lhe são inerentes –, basta achar alguma ata de registro de preços pertinente ao objeto que se pretenda contratar, e, se as condições da referida ata forem convenientes, contratar diretamente, sem maiores burocracias e formalidades. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 698). Apesar disso, a jurisprudência dos Tribunais de Contas admite a adesão de “caronas” às atas de registro de preços (Tribunal de Contas da União – TCU, Acórdão nº 1.487/2007, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, julgado em 1º.08.2007).



Fonte: <http://www.rauschmainenti.adv.br/>

É por isso que a Lei nº 14.133/2021, não obstante permitir a aquisição do bem registrado por órgão não participante, como já o fazia o Decreto Federal nº 7.892/2013 (art. 2º, inc. V, e art. 22), estabelece uma série de requisitos para sua adesão à ata de registro de preços. Os órgãos e entidades administrativas, de qualquer ente federativo, poderão aderir à ata de registro de preços desde que: a) apresentem justificativa da vantagem da adesão, “inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público”; b) demonstrem que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado²⁰; e c) obtenham aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor²¹ (Lei nº 14.133/2021, art. 86, § 2º, inc. I a III)²².

A nova lei de licitações e contratos administrativos, portanto, não concede à Administração Pública ampla margem de discricionariedade para aderir à ata como “carona”. A adesão deve ser devidamente motivada, inclusive quanto à sua economicidade. Reconhece o legislador, dessa forma, as desvantagens que o uso indiscriminado desse instrumento traz para a Administração Pública.

Não obstante, é de se ressaltar que, a partir da edição da Lei nº 14.133/2021, o uso da ata pelo órgão não participante passou a ser previsto em lei. Antes, sua previsão constava apenas do Decreto Federal nº 7.892/2013. A rigor, a adesão pelo “carona” constitui espécie de contratação direta, já que o órgão ou entidade não participou da licitação que deu origem à ata de registro de preços. Cuida-se, portanto, de hipótese de dispensa de licitação, que, como quer o Texto Constitucional, somente pode ser criada por lei (CF, art. 37, inc. XXI). Nesse sentido, a previsão do instrumento em lei pode ser considerada um avanço.

20 O art. 23 da nova lei de licitações e contratos administrativos dispõe sobre o procedimento de pesquisa de preços, a ser realizado na fase preparatória do processo licitatório ou da contratação direta. As atas de registros de preços podem, inclusive, servir como parâmetro para o cálculo do valor estimado da contratação (Lei nº 14.133/2021, art. 23, § 1º, inc. II). Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

21 O Decreto Federal nº 7.892/2013 também impõe requisitos para a adesão à ata por parte de órgão não participante: a vantagem de usar a ata deve ser devidamente justificada pelo “carona”, inclusive mediante a apresentação de estudo “que demonstre o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade para a administração pública federal da utilização da ata de registro de preços, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão” (art. 22, *caput*, e § 1º-A).

22 Sem correspondência com a Lei nº 8.666/1993.

A Lei nº 14.133/2021 estabelece que a utilização da ata de registro de preços como “carona” está limitada a:

Art. 86. [...]

§ 3º. [...] órgãos ou entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

No entanto, a mesma lei prevê que:

Art. 86. [...]

§ 8º. Será vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

Assim, órgãos municipais, distritais e estaduais podem aderir a atas de órgãos estaduais, distritais e federais. Não é permitida a adesão de órgão ou entidade municipal a ata de órgão ou entidade administrativa de outro Município. Um Município não pode aderir à ata de outro. Mas pode aderir a atas estaduais, distritais e federais. Já a Administração Federal somente pode aderir a atas de órgãos ou entidades federais²³.

Os limites de quantitativos que podem ser usados pelos órgãos não participantes são os mesmos já previstos no Decreto Federal nº 7.892/2013 (art. 22, §§ 3º e 4º). Não é possível exceder, por órgão ou entidade, a 50% dos quantitativos dos itens do edital registrados na ata para os órgãos participantes (Lei nº 14.133/2021, art. 86, § 4º). Ou seja, cada “carona” somente pode adquirir até 50% dos quantitativos de cada produto ou serviço com preço registrado em ata. Se o total do item registrado na ata for de 1.000 computadores, poderão ser adquiridos por cada “carona”, no máximo 500 computadores.

De outra parte, nos termos da nova lei de licitações, o total das adesões por “caronas” à ata de registro de preços:

Art. 86. [...]

§ 5º. [...] não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem²⁴.

Desse modo, cada “carona” pode adquirir até 2.000 computadores do item da ata que preveja o quantitativo de 1.000 computadores para aquisição pelos

23 A proibição já constava do Decreto Federal nº 7.892/2013, segundo o qual é vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual (art. 22, § 8º).

24 A mesma regra já constava do Decreto Federal nº 7.892/2013 (art. 22, § 4º). Sem correspondente na Lei nº 8.666/1993.

órgãos gerenciadores e participantes. Os limites disponíveis para os órgãos não participantes continuam os mesmos prescritos pelo Decreto Federal nº 7.892/2013; são números elevados e, portanto, a adesão deve ser feita com parcimônia, isto é, somente nos casos em que for realmente necessária e representar uma vantagem econômica para o órgão ou entidade aderente (Lei nº 14.133/2021, art. 86, § 2º).

Entretanto, o limite fixado para aquisição total por meio de adesão, equivalente ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes (Lei nº 14.133/2021, art. 86, § 5º), não é aplicável para “aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal”, desde que se trate de adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde (art. 86, § 7º).

3 Procedimento do sistema de registro de preços na Lei nº 14.133/2021

No que tange ao procedimento previsto para realizar o SRP, também não foram previstas alterações substanciais. A ata de registro de preços pode ser constituída mediante contratação direta (novidade da Lei nº 14.133/2021) ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência. A Lei nº 8.666/1993 já previa a seleção do detentor da ata mediante concorrência (art. 15, § 3º, inc. I), e a Lei nº 10.520/2002 já permitia utilizar o pregão para o registro de preços referentes à aquisição de bens e serviços comuns (art. 11).

O pregão deve ser utilizado para elaborar atas de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns. A Lei nº 14.133/2021 manteve a regra que prevê o pregão apenas para adquirir bens e serviços comuns (art. 6º, inc. XLI), inclusive serviços comuns de engenharia (art. 6º, inc. XXI, a).

3.1 SRP para executar obras e serviços de engenharia

A nova lei permite à Administração contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo SRP, desde que se trate de: a) projeto de engenharia padronizado, sem complexidade técnica e operacional²⁵; e b) necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado (Lei nº 14.133/2021, art. 85, inc. I e II)²⁶. O item *a* corresponde à definição de *serviço comum de engenharia* constante da Lei nº 14.133/2021 (art. 6º, inc. XXI, a).

Em resumo, o SRP, elaborado mediante pregão, pode ser empregado apenas para adquirir bens e serviços comuns, inclusive de engenharia. A contratação de obras de engenharia pode ser realizada mediante SRP, mas a modalidade, nesse caso, deve ser a concorrência (Lei nº 14.133/2021, art. 6º, inc. XXXVIII). Os

25 Sobre a questão, Joel de Menezes Niebuhr lembra que há obras e serviços de engenharia, em larga medida, uniformes, com características absolutamente padronizadas, pelo que nada obsta o uso do registro de preços em relação a elas (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 671).

26 Sem correspondente na Lei nº 8.666/1993.

serviços especiais de engenharia, pela sua natureza, não podem ser contratados mediante registro de preços²⁷. Não há qualquer sentido em utilizar o SRP para contratar a elaboração de projetos básicos ou executivos, por exemplo, dada a especificidade desse serviço de engenharia.

Com efeito, a Lei nº 14.133/2021 prevê expressamente que o SRP pode ser usado para a contratação bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, desde que observadas as seguintes condições:

Art. 82. [...]

§ 5º. [...]

I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;

IV - atualização periódica dos preços registrados;

V - definição do período de validade do registro de preços;

VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original²⁸.

3.2 Prévia pesquisa de mercado

A realização prévia de pesquisa de mercado é, na verdade, imprescindível para qualquer contratação realizada pela Administração Pública, precedida ou não de licitação. A Lei nº 14.133/2021 estabelece que:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

Não poderia ser diferente quando da elaboração da ata de registro de preços. A pesquisa de mercado, conforme procedimento previsto na Lei nº 14.133/2021 (art. 23), deve ser realizada na fase preparatória do procedimento licitatório ou da contratação direta.

A fixação do valor estimado de qualquer contrato administrativo é fundamental para evitar compras acima do valor de mercado, a contrariar o princípio da economicidade (Lei nº 14.133/2021, art. 5º). Também é essencial para fins de reserva orçamentária do montante a ser pago ao fornecedor, bem como para aferir se as propostas apresentadas na licitação são exequíveis (Lei nº 14.133/2021, art. 59, inc. IV).

27 Serviço especial de engenharia é aquele que, "por sua alta heterogeneidade ou complexidade", não pode se enquadrar na definição de serviço comum de engenharia (Lei nº 14.133/2021, art. 6º, inc. XXI, b).

28 A Lei nº 8.666/1993 prevê que, no procedimento do SRP, deve ser realizada estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados (art. 15, § 3º, inc. II).

3.3 Normas sobre o sistema de registro de preços previstas em regulamentos

A nova lei de licitações prevê que a seleção do detentor da ata será realizada de acordo com os procedimentos previstos em regulamento. Atualmente, o Decreto Federal nº 7.892/2013 regulamenta:

Art. 1º. As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União.

Assim, Estados e Municípios editaram seus próprios decretos, a regulamentar o art. 15 da Lei nº 8.666/1993, que trata do SRP, a exemplo do Decreto nº 63.722/2018, do Estado de São Paulo.

Porém, a Lei nº 14.133/2021 tratou do SRP de forma mais detalhada do que a Lei nº 8.666/1993²⁹, de modo que há menos espaço para a regular o seu procedimento por meio de decretos federais, distritais, estaduais e municipais. A redução da discricionariedade dos entes da federação para tratar do instrumento pode trazer mais segurança jurídica na sua aplicação.

3.4 Rotina de controle e atualização dos preços registrados

O desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e a atualização dos preços registrados já constavam da Lei nº 8.666/1993 como requisito para aplicar o SRP (art. 15, § 3º, inc. II). Caso a Administração observe que os preços registrados estão defasados ou superiores ao praticado pelo mercado, deve abster-se de utilizar a ata de registro de preços.

Sobre o tema, o Decreto Federal nº 7.892/2013 já previa que:

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados.

Nesses casos, o órgão gerenciador deve promover as negociações junto aos fornecedores registrados, observadas as disposições da Lei nº 8.666/1993 acerca da alteração bilateral do contrato, com vistas ao seu reequilíbrio econômico-financeiro (Lei nº 8.666/1993, art. 65, *caput*, e inc. II, *d*). A revisão contratual é procedimento fundamentado no texto constitucional (CF, art. 37, inc. XXI), e não poderia deixar de ser aplicada, também, às contratações administrativas realizadas via SRP.

3.5 Prazo de validade da ata de registro de preços

A Lei nº 14.133/2021 prevê como umas das condições para utilizar o SRP a “definição do período de validade do registro de preços” (Lei nº 14.133/2021, art. 82, § 5º, inc. V). Por outro lado, a mesma lei prescreve que:

29 A Lei nº 8.666/1993 tratava do SRP em apenas um dispositivo (art. 15).

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Da leitura desses dispositivos, compreende-se que a ata de registro de preços pode ter prazo de validade de até 1 (um) ano; esse prazo pode ser prorrogado por igual período, desde que comprovada a vantajosidade para a Administração.

Nesse sentido, o Decreto Federal nº 7.892/2013 prevê que:

Art. 12. O prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações.

O limite máximo de validade da ata está definido no art. 15, § 3º, inc. III, da Lei nº 8.666/1993.

3.6 Prazo de validade do contrato decorrente da ata de registro de preços

Quanto ao prazo de vigência do contrato decorrente da ata de registro de preços, dispõe a Lei nº 14.133/2021 que será estabelecido em conformidade com as disposições da ata. O Decreto Federal nº 7.892/2013 prevê que:

Art. 12. [...]

§ 2º. A vigência dos contratos decorrentes do SRP será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Da leitura dessas normas, constata-se que o contrato decorrente da ata adquire vida própria, e que o seu prazo de vigência pode ser, inclusive, prorrogado, de acordo com os permissivos legais a respeito (Lei nº 8.666/1993, art. 57, e Lei nº 14.133/2021, 106 e ss.).

Assim, um contrato de serviços e fornecimentos contínuos, originado de uma ata de registro de preços, pode ser prorrogado sucessivamente, até o prazo de dez anos:

Art. 107. [...] desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

3.7 Cadastro de reserva

A possibilidade de inclusão, em ata de registro de preços, de licitante que aceitar cotar os bens e serviços em preços iguais aos do licitante vencedor é medida salutar, que já constava do Decreto Federal nº 7.892/2013 (art. 11, inc. II). Assim, se a Administração convocar o detentor da ata (adjudicatário), mas ele não comparecer para assinar o contrato de prestação de serviço ou fornecer o bem registrado, poderá chamar os licitantes remanescentes, na ordem de classifica-

ção, para contratar pelo preço do primeiro colocado. A regra visa, claramente, à eficiência na contratação pública (Lei nº 14.133/2021, art. 5º). Portanto, não será necessário, na hipótese de não comparecimento do adjudicatário para assinar o contrato, realizar novo procedimento licitatório.

3.8 Julgamento de menor preço por grupo de itens

A Lei nº 14.133/2021 dá clara preferência ao julgamento da licitação por item, e não por grupo de itens (art. 82, § 1º). O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado se:

Art. 82. [...]

§ 1º. [...] for demonstrada a inviabilidade de ser promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica.

A finalidade de lei é aumentar ao máximo a competitividade do certame, a evitar que apenas um detentor forneça materiais distintos para o mesmo órgão ou entidade administrativa, pois maior concorrência viabiliza a contratação por preços mais baixos.

É certo que, às vezes, a contratação por grupo de itens pode ser apropriada do ponto de vista técnico e econômico. Ao comprar um computador, por exemplo, é mais vantajoso, do ponto de vista técnico, adquirir todos os componentes de um mesmo fornecedor. É até possível, em teoria, adquirir a tela de um fabricante, o teclado de outro e a CPU de outro, mas isso é, em regra, desaconselhável, especialmente se for levado em conta aspectos de instalação e manutenção do produto.

Vale ressaltar que, na hipótese de contratação por grupo de itens, deverá constar do edital do certame o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos. A exigência, válida para contratações administrativas em geral e não apenas para o SRP, já consta da Lei nº 8.666/1993 (art. 40, inc. X), e visa evitar distorções nos processos de revisão dos preços registrados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Por vezes, o preço de um dos itens do grupo, apresentado na proposta de preço do licitante, encontra-se acima do valor de mercado, mas, em razão de reduções no preço de outros itens do mesmo grupo, a proposta sagra-se vencedora. Se for necessário, em um momento posterior, revisar o preço do item com valor superior ao cobrado pelo mercado, o preço total a ser pago pela Administração, pelo grupo de itens, poderá aumentar significativamente, a ponto de se tornar maior do que as propostas que não venceram o certame. Daí a regra que obriga a previsão do critério de aceitabilidade de preços unitários no instrumento convocatório de qualquer licitação, inclusive daquela realizada no processo de SRP.

3.9 Registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação

A Lei nº 14.133/2021 admite, em determinadas situações, o registro de preços "com indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido" (art. 82, § 3º). Isso somente pode ocorrer nos seguintes casos:

Art. 82. [...]

§ 3º. [...]

I - quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores;

II - no caso de alimento perecível;

III - no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.

É claro que o procedimento deve ser utilizado somente nas situações excepcionais indicadas no dispositivo, já que a ausência na ata de quantitativo total a ser adquirido pode distorcer o preço registrado, pois o licitante, se não sabe a quantidade máxima a ser fornecida, pode ser obrigado a ofertar na licitação um preço superior ao que poderia, efetivamente, apresentar.

Nesses casos, o licitante não pode fazer uso da economia de escala do produto. Se soubesse o quantitativo total a ser fornecido e o quantitativo de cada fornecimento, poderia ofertar um preço menor ao órgão contratante. Note que a quantidade máxima de cada item a ser adquirido é, regra geral, requisito obrigatório do edital de licitação para o registro de preços (Lei nº 14.133/2021, art. 82, inc. I).



Fonte: www.freepik.com

Para evitar distorções, o legislador previu que, nos casos de ausência do quantitativo:

Art. 82. [...]

§ 4º. [...] é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa e é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata.

Assim, nessas hipóteses, a ata não pode ser utilizada por órgão ou entidade não participante, nem por qualquer outro órgão ou entidade da Administração Pública.

3.10 Vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto

A Lei nº 14.133/2021, regra geral, determina:

Art. 82. [...]

VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de

registro de preços, com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado.

O dispositivo é calcado no princípio licitatório do planejamento (Lei nº 14.133/2021, art. 5º), vez que os órgãos e entidades da Administração devem planejar, tanto quanto possível, as contratações necessárias no decorrer do exercício financeiro, e indicar a estimativa de produtos e serviços realmente necessários em cada ocasião em que forem instados a fazê-lo pelos órgãos gerenciadores, sob pena, inclusive, de prejuízos à Administração Pública, em vista da perda de economia de escala.

O órgão ou entidade administrativa somente poderá participar de mais de uma ata com o mesmo objeto, no mesmo prazo de validade, se o produto ou serviço de que necessita estiver registrado em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital (Lei nº 14.133/2021, art. 82, inc. VIII).

Note que a Lei nº 14.133/2021 permite que, desde que previsto no edital para elaborar a ata de registro de preços:

Art. 82. [...]

IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela.

Assim, o fornecedor registrado pode ter se comprometido a fornecer apenas 500 computadores, de um total de 1.000 previsto no edital. O órgão ou entidade participante poderá, nesse caso, participar de outra ata, com vistas a adquirir o quantitativo restante.

4 Conclusão

A Lei nº 14.133/2021 trouxe algumas inovações sobre o SRP, mas manteve, em regra, a normativa já existente sobre o tema.

De modo geral, transformou em lei diversos dispositivos do Decreto Federal nº 7.892/2013, que regulamenta o SRP em âmbito federal, e que são reproduzidos por diversos decretos estaduais e municipais que tratam da matéria.

Assim, denota-se que o novo diploma legal mantém a importância conferida ao SRP no cotidiano das contratações administrativas, e sistematiza o seu uso pelo Poder Público, a reunir, em uma seção própria, normas sobre o instrumento previstas em diplomas esparsos.

Desse modo, a nova lei de licitações compilou o texto de resoluções, decretos e leis que tratam do SRP, garantindo mais segurança jurídica para a Administração e para os seus fornecedores.

Referências

GUIMARÃES, Edgar. *Compras e registro de preços*: arts. 14 a 16 da Lei nº 8.666/93. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (Coord.). *Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2016.

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

LEVIN, Alexandre. Licitação. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; NAKAMURA, André Luiz dos Santos (Orgs.). *Direito administrativo*. Brasília: Coutinho, 2016.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Acordo de não persecução penal: possibilidade de celebração para processos em curso quando a Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor



Alexandre Vieira de Moraes

Analista Judiciário e Diretor de Secretaria na Justiça Federal da 3ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista em Campinas. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo. Pós-Graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo trata da possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal para processos penais em curso quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. O trabalho tem por escopo analisar a jurisprudência para verificar a tese prevalente sobre o tema, bem como o sistema jurídico como um todo, a fim de identificar a possibilidade de aplicação do referido instituto, com esteio em especial na retroatividade da lei penal mais benéfica.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal. Retroatividade da Lei Penal mais benigna. Norma penal mista.

ABSTRACT: This article deals with the possibility of applying the non-prosecution agreement to criminal proceedings in progress upon the entry into force of Law 13.964/2019. A jurisprudence research was carried out to identify the prevailing thesis on the subject. The scope of the work is to analyze the jurisprudence, as well as the legal system as a whole, in order to identify the possibility of applying the aforementioned institute, with a special support in the retroactivity of the most beneficial criminal law.

KEYWORDS: Non-Persecution Agreement. Retroactivity of the most benign Criminal Law. Mixed criminal law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Normas que regulam a matéria. 3 Apresentação do caso. 4 Revisão da jurisprudência. 5 Entendimento doutrinário. 6 Análise crítica. 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente artigo tem por escopo analisar a possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal, introduzido por meio da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, até o trânsito em julgado da ação penal nos casos em que a denúncia foi recebida antes da vigência da mencionada lei.

Importante frisar que o acordo de não persecução penal se mostra, em verdade, como relevante instrumento de política criminal e carcerária, que busca dar concretude ao Direito Penal mínimo, deixando-se o processo penal para as condutas de maior gravidade para a sociedade. O referido instituto visa sobretudo dar maior efetividade ao princípio da economia processual, por meio da racionalização do sistema de justiça criminal.

Nesse contexto, a questão controversa diz respeito a inúmeras ações penais em curso e tem evidente caráter pragmático, já que a depender da posição adotada, o processo será suspenso mediante aceitação por parte do réu de determinadas condições ou terá sua tramitação regular, com as consequências inerentes relacionadas ao processo criminal, podendo culminar inclusive com a prisão do réu, a fim de dar início ao cumprimento da pena, notadamente quando se trata de penas privativas de liberdade não convertidas em restritivas de direitos nos regimes de cumprimento da pena semiaberto e fechado. Em relação ao regime aberto, em especial para as unidades da federação que não possuam casa do albergado, ainda que o juízo da condenação expeça mandado de prisão para início de cumprimento da pena, nos exatos termos do artigo 105 da Lei de Execuções Penais, em observância ao devido processo legal, este deverá ser expedido com a cláusula ou ofício explicativo de que o réu deve ser colocado em liberdade na hipótese de não haver estabelecimento adequado para o cumprimento da pena¹.

No que tange à jurisprudência, denota-se que o debate permanece, como será melhor explicitado adiante. A matéria em discussão já foi enfrentada com divergência por Tribunais Regionais Federais (TRFs), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, inclusive, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo que a incerteza persiste até o momento, já que o Ministro Gilmar Mendes afetou a questão ao Plenário do STF, para julgamento do HC 185.913/DF², não havendo, por ora, decisão definitiva sobre a questão.

2 Normas que regulamentam a matéria

O acordo de não persecução penal é tratado na Lei nº 13.964/2019. A referida norma acresceu o artigo 28-A ao Código de Processo Penal:

1 BRASIL. CNJ, Plenário. *Consulta 0006849-17.2020.2.00.0000*, Relatora Conselheira Tânia Regina Silva Reckziege, j. 11/06/2021.

2 BRASIL. STF, Plenário, *HC 185.913/DF*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22/09/2020, DJe 23/09/2020.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)



Fonte: <https://educaead.com.br/>

Embora a disciplina legal tenha se dado pela lei ordinária já mencionada, o referido instituto já havia sido normatizado anteriormente em sede administrativa pelo Conselho Nacional do Ministério Público por meio de resoluções. Todavia, a falta de lei sobre a matéria trazia questionamentos sobre o caráter obrigatório do referido instituto³.

3 DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Júnior. Acordo de não persecução penal nos crimes tributários. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 32, n. 665, p. 18-20, ago./set. 2020.

O mencionado acordo pode ser conceituado como “modalidade de negócio jurídico processual entre o Ministério Público e o investigado, com vistas a evitar o oferecimento da denúncia e a instauração da ação penal”⁴.

Assim, preenchidos os requisitos legais, de caráter objetivo e subjetivo, o investigado não se submeterá ao processo penal, devendo, porém, cumprir as condições legais previstas na norma de regência⁵.

Após o cumprimento das condições acordadas com o Ministério Público, haverá a extinção da punibilidade. Na hipótese de descumprimento, o juízo será comunicado da rescisão, devendo o Ministério Público oferecer a respectiva denúncia.

Frise-se que o referido acordo se mostra como mais um instituto da chamada justiça penal consensual, como bem esclarece Gabriel Marson Junqueira:

O acordo de não persecução penal representa mais um espaço cedido ao consenso no processo penal brasileiro, ao lado da composição civil de danos, da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada. Integra, desse modo, a “justiça penal consensual”, expressão que abrange formas diversas de conclusão do caso penal, com amputação de atos processuais, diante da vontade das partes em assim procederem, mas sob controle jurisdicional (GUINALZ, 219, p. 124-125). Como se pode notar, a nosso ver, a essência da justiça penal consensual, ao menos nos sistemas de *civil law*, está na subversão do rito tradicional, com a supressão voluntária de fases processuais, principalmente daquelas ligadas à colheita de provas, antecipando-se a solução do caso penal. A ampliação dos espaços de consenso mundo afora parece dar razão a Schünemann, para quem a real “força motriz do desenvolvimento global do processo penal” está no desaparecimento da audiência de instrução e julgamento enquanto principal centro decisório (SCHÜNEMANN, 2103, p. 255). Para o autor alemão, a tendência por ele identificada de abolição da audiência de instrução e julgamento enquanto centro decisório do processo penal deve-se principalmente à sobrecarga do sistema de justiça criminal, decorrente, por um lado, do enorme crescimento da criminalidade nos últimos anos e, por outro, do surgimento dos chamados “processos-monstros” – “duradouros e complexos processos envolvendo direito penal econômico” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 256).

Desse modo, parece necessário admitir que o “principal atrativo” do modelo do consenso seja mesmo aliviar a carga de trabalho do sistema de justiça criminal, viabilizando a construção de respostas penais aos crimes com considerável economia de tempo – fala-se, aqui, de celeridade – e de recursos (LEITE, 2013, p. 47). Mas existem outros tópicos político-criminais subjacentes ao crescimento dos espaços de consenso, a saber: a intervenção mínima, a preferência pela solução consensual pelo simples fato de ser consensual, e a não estigmatização do agente (CAEIRO, 2000, p. 40)⁶.

4 MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Acordo de não persecução penal e suas repercussões no âmbito administrativo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 95, abr. 2020, p. 7.

5 *Ibidem*.

6 JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Breves notas sobre o cabimento do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia. *Boletim do IBCCRIM*, n. 344, jul. 2021.

3 Apresentação do caso controverso em análise

Para melhor compreensão do tema, revela-se mais adequada a transcrição de decisão paradigmática proferida pelo STJ no HC 575.395/RN:

PEDIDO DE EXTENSÃO NO AGRAVO REGIMENTAL DO *HABEAS CORPUS*. FRAUDE À LICITAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PENAS MÍNIMAS SOMADAS INFERIORES À QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NATUREZA MISTA DA NORMA. RETROATIVIDADE. PEDIDO EXTENSIVO DEFERIDO.

1. Dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal que, “No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”.
2. O cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade, previsto no art. 28-A do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, de modo que, como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado.
3. Estando o ora requerente nas mesmas condições fáticas, faz jus à extensão do efeitos da ordem concedida ao corréu⁷.

Pelo teor do acórdão supratranscrito, fica clara a percepção do órgão julgador acerca da natureza jurídica da norma que versa sobre o acordo de não persecução penal. Na referida decisão, restou entendido que se trata de norma penal mista, devendo, portanto, retroagir para beneficiar o réu.

A propósito, vale transcrever a lição de Mirabete sobre a aplicação de normas mistas:

Existem normas mistas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal. Se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra de direito material, aplica-se a ela não o disposto no artigo 2º do CPP, mas os princípios constitucionais que regem a aplicação da lei penal, ou seja, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna (artigo 5º, XXXIX e XL, da CF, e artigo 2º do CP). Assim, por exemplo, embora as regras sobre a ação penal e representação sejam processuais, como a falta de iniciativa da parte na ação privada e na ação pública condicionada à representação da vítima pode acarretar a decadência, que é matéria penal ligada ao *jus puniendi*, não pode ser aplicada a lei nova que impede a extinção da punibilidade por ser mais severa que a anterior. De outro lado, se a nova lei prevê a necessidade de representação não exigida anteriormente, é ela retroativa, devendo ser aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência⁸.

7 BRASIL. STJ, 6ª Turma, *PExt no AgRg no HC 575.395/RN*, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020.

8 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 1995. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 33.

No caso paradigmático, por haver a mesma razão, notadamente em atenção ao disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, o STJ estendeu os efeitos da decisão proferida em sede de agravo regimental para um dos réus também ao outro paciente.

Naquela oportunidade, entendeu o STJ que, devido ao crime cometido, bem como por não configurar hipótese transação penal, nem ser o acusado reincidente ou portador de maus antecedentes, a par da ausência de trânsito em julgado, seria possível a análise dos requisitos para a eventual proposta de acordo de não persecução penal pelas instâncias ordinárias. Com esse propósito, determinou o retorno dos autos à origem, para intimação do Ministério Público a fim de que se manifestasse acerca de eventual interesse na proposta de acordo de não persecução penal.

Tal solução adotada pela Corte teve por fundamento a aplicação da lei penal mais benigna, reconhecendo de forma explícita o caráter misto da norma de regência e, por conseguinte, a necessidade a retroatividade de seus efeitos até o trânsito em julgado. Observou-se, assim, preceito constitucional de caráter cogente, conforme artigo 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 5 de outubro de 1988.

Logo, mesmo após o recebimento da denúncia, seria possível a propositura de acordo de não persecução penal, desde que preenchidos os requisitos legais. Sendo que, consoante entendimento do STJ no caso concreto, o limite temporal para a propositura do referido acordo seria o trânsito em julgado.

4 Revisão de jurisprudência

Impende destacar, contudo, que a corrente jurisprudencial indicada na decisão paradigmática⁹ elencada acima mostra-se como entendimento minoritário, ao menos no âmbito dos tribunais superiores.

A tese que prevalece entende ser possível a aplicação dos acordos de não persecução penal a fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, entretanto desde que não tenha sido recebida a denúncia. Nesse sentido, vale transcrever a posição mais recente do STJ, cujo entendimento é perfilhado pelas duas turmas que tratam de matéria criminal naquela Corte:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA. ART. 306 DO CTB. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA E SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. OFENSA AO PROPÓSITO DO INSTITUTO DESPENALIZADOR PRÉ-PROCESSUAL. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENA PECUNIÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MULTA PREVISTA CUMULATIVAMENTE NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO CRIME. SÚMULA 171/STJ. ART. 312-A DO CTB.

9 BRASIL. STJ, 6ª Turma, *PExt no AgRg no HC 575.395/RN*, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020.

FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

2. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei 13.964/2019, indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal, que exige, dentre outros requisitos, aqueles previstos no *caput* do artigo: 1) delito sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos; 2) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a infração; e 3) suficiência e necessidade da medida para reprovação e prevenção do crime. Além disso, extrai-se do §2º, inciso II, que a reincidência ou a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional afasta a possibilidade da proposta.

3. Conforme exposto pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, que formulou vários enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019), especificamente em seu Enunciado 20, "cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

4. Iniciada a persecução penal com o recebimento da denúncia e, no caso, com a condenação, inclusive, do paciente em segunda instância, resta afastada a possibilidade de acordo de não persecução penal, por não se coadunar com o propósito do instituto despenalizador pré-processual. Precedentes.

[...]

10. *Writ* não conhecido¹⁰.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal.

2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

10 BRASIL. STJ, 5ª Turma, HC 624.805/SC, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 02/02/2021, DJe 08/02/2021.

3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.

4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual.

5. Agravo regimental desprovido¹¹.

Na mesma linha de entendimento, também se manifestou a Primeira Turma do STF:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"¹².

Ademais, revela-se digno de nota que Cortes Regionais Federais já proferiram decisões em consonância com ambos entendimentos. Assim, por exemplo, adotando o entendimento mais recente do STJ decidiu o TRF da 3ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

1. O ANPP não é cabível para fatos anteriores ao início da vigência da Lei nº 13.964/2019 depois que houve o recebimento da denúncia. Jurisprudência do STF e do STJ. Omissão inexistente.

11 BRASIL. STJ, 6ª Turma, *AgRg no HC 628.647/SC*, Relatora para o Acórdão Ministra Laurita Vaz, j. 09/03/2021, DJe 07/06/2021.

12 BRASIL. STF, 1ª Turma, *HC 191.464/SC AgR*, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 11/11/2020, DJe 25/11/2020.

2. Valor da prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade corrigido para 1 (um) salário mínimo. Omissão suprida.
3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos¹³.

Por outro lado, há também decisões favoráveis à tese minoritária defendida no acórdão do STJ elencado como paradigma neste trabalho. Vale conferir, por exemplo, decisão proferida no âmbito do TRF da 4ª Região:

PROCESSUAL PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. ART. 164, RITRF4. INVERSÃO TUMULTUÁRIA DE ATOS E FÓRMULAS LEGAIS. INEXISTÊNCIA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIOUS*. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. CORREIÇÃO PARCIAL IMPROVIDA.

1. Segundo o art. 164 do Regimento Interno do Tribunal, a correção parcial visa à emenda de erros ou abusos que importem a inversão tumultuária de atos e fórmulas legais, a paralisação injustificada dos processos ou a dilação abusiva dos prazos pelos Juízes de primeiro grau, quando, para o caso, não haja recurso previsto em lei.
2. O acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.
3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. nº 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma).
4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP.
5. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias.
6. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal.
7. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica.
8. Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar.
9. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo.
10. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários.

13 BRASIL. TRF 3ª Região, 11ª Turma. *Apelação Criminal 0016285-37.2017.4.03.6181/SP*, Relator Desembargador Federal Nino Oliveira Toldo, j. 25/06/2021.

11. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP.
12. Não há inversão tumultuária na decisão do magistrado que, no curso do processo, intima o Órgão Ministerial para que se manifeste expressamente a respeito da possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal.
13. Correição parcial improvida¹⁴.

Do que cotejo entre os posicionamentos jurisprudenciais, depreende-se que todos os julgados entendem que a norma que autoriza a celebração de acordos de não persecução penal tem natureza mista ou híbrida, devendo incidir, assim, de forma retroativa. A divergência, portanto, consiste em estabelecer até qual momento a referida norma poderia ser aplicada.

Para a corrente minoritária, seria possível a aplicação até o trânsito em julgado, justamente por se tratar de norma penal mais benéfica. Por sua vez, a corrente majoritária entende que se trata de instituto pré-processual, sendo possível sua aplicação, mesmo para fatos anteriores à vigência da lei, porém desde que não recebida a denúncia, pois o recebimento encerraria a fase pré-processual.

Ainda dentro deste tópico, mostra-se interessante trazer o entendimento do Ministério Público Federal sobre a questão em debate:

Enunciado nº 98. É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja recebida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020¹⁵.

Segundo o enunciado, é possível aplicação de acordos de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência do sobredito instituto, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, independentemente da fase processual em que se encontra a persecução penal. A ressalva feita pelo enunciado somente diz respeito às hipóteses em que o acordo foi proposto e recusado pela defesa em momento posterior à vigência da lei. Nessa hipótese, a recusa implicaria no fenômeno da preclusão, não sendo cabível nova proposta. O mencionado enunciado vai na mesma linha do entendimento minoritário sobre a questão discutida neste artigo. Vale referir que o enunciado supra já foi objeto de discussão no TRF da 3ª Região:

14 BRASIL. TRF 4ª Região, 8ª Turma. *Correição Parcial* 5009312-62.2020.4.04.0000/RS, Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, j. 13/05/2020.

15 BRASIL, MPF, 2ª Câmara Criminal. *Enunciado* 98.

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 334-A, § 1º, IV, E ART. 273, § 1º-B, I C. C. O ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). CPP, ART. 28-A. CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA. ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR RECURSAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Ante a edição do Enunciado n. 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, privilegiando a aplicabilidade do instituto de justiça negociada, é razoável que se admita o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, até o trânsito em julgado, caso ainda não tenha sido oferecido, bem como que haja certo controle judicial da recusa do órgão acusatório em oferecer o acordo. De forma semelhante ao instituto da suspensão condicional do processo, conforme Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Juízo, caso discorde das razões invocadas pelo Ministério Público Federal para recusar-se a propor acordo de não persecução penal e entenda preenchidos os requisitos legais do art. 28-A do Código de Processo Penal, remeter os autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, em sua redação original, mantida em vigor pelo Supremo Tribunal Federal.

2. A decisão que converteu o feito em diligência em sede recursal deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, em observância ao disposto no Enunciado n. 98 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, não havendo que se falar em *error in procedendo*.

3 A possibilidade de eventual oferecimento do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado aconselha a conversão do feito em diligência para que seja oportunizada a aplicação daquele instituto, a repercutir, em tese, na apreciação do próprio mérito da apelação interposta pela defesa.

4. Agravo regimental desprovido¹⁶.

Por fim, nada obstante as decisões e teses divergentes sobre o tema, dada a relevância da questão, o STF afetou a decisão sobre a possibilidade de aplicação de acordos de não de persecução para fatos anteriores à vigência da lei de regência ao Pleno, fixando as seguintes questões-problemas a serem dirimidas pela Corte:

a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?¹⁷

5 Entendimento doutrinário

Há doutrina sobre o tema versado neste artigo apontando para a possibilidade de aplicação de acordos de não persecução penal para os fatos praticados antes vigência da Lei nº 13.964/2019.

16 BRASIL. TRF 3ª Região, 5ª Turma. *Apelação Criminal 0017620-62.2016.4.03.6105/SP*, Relator Desembargador Federal André Custodio Nekatschalow, j. 29/06/2021.

17 BRASIL. STF, Plenário, *HC 185.913/DF*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22/09/2020, DJe 23/09/2020.

Conforme lecionam Josita, Mazloun e Cabral a referida legislação, por meio do acordo de não persecução penal, teria inserido nova causa extintiva da punibilidade. Assim, por se tratar de norma penal híbrida poderia ser aplicada a processos em curso¹⁸.

De igual modo, Aury Lopes Junior também entende pela possibilidade de aplicação de acordos de não persecução penal para processos em curso quando da entrada em vigor da nova lei, já que se trata de norma mista, aplicando-se, por conseguinte, a fatos pretéritos para beneficiar o réu¹⁹.

Indo mais além, De Bem e Martinelli defendem inclusive a possibilidade de aplicação do instituto para os casos em que sentença teria transitado em julgado, já que se trata de norma penal mais benéfica²⁰.

Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima considera que o acordo de não persecução penal seria aplicável a fatos praticados antes da vigência da referida lei, desde que não tenha sido recebida a denúncia²¹.

Da mesma forma já se pronunciou o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), por meio de seu enunciado interpretativo de número 20²².



Fonte: <https://1.bp.blogspot.com/>

Na doutrina, haveria ainda uma terceira corrente, segundo a qual o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado no curso de processo, desde que não iniciada a audiência de instrução e julgamento. Para Gabriel Marson Junqueira somente até aquele momento seria possível a celebração do mencionado acordo, conforme esclarece:

- 18 JOSITA; MAZLOUM; CABRAL *apud* SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de não persecução penal do artigo 28-A do CPP: breve introdução, problemas iniciais e os limites da exigibilidade da reparação do dano ao erário e ao particular. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, n. 97, ago./set. 2020, p. 6.
- 19 LOPES JÚNIOR *apud* SILVA, Rafaela Martins da; DORIGON, Alessandro. Acordo de não persecução penal: uma análise acerca do novel instituto da justiça consensual e suas controvérsias. *Âmbito Jurídico*, 1 jul. 2021.
- 20 DE BEM; MARTINELLI *apud* SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de não persecução penal do artigo 28-A do CPP: breve introdução, problemas iniciais e os limites da exigibilidade da reparação do dano ao erário e ao particular. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, n. 97, ago./set. 2020, p. 6.
- 21 LIMA *apud* SILVA, Rafaela Martins da; DORIGON, Alessandro. Acordo de não persecução penal: uma análise acerca do novel instituto da justiça consensual e suas controvérsias. *Âmbito Jurídico*, 1 jul. 2021.
- 22 BRASIL. CNPGE/GNCCRIM. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime*. Enunciado 20.

Tendo tudo isso em mente, pode o acordo de não persecução penal ser celebrado no curso do processo? Em nosso sentir, a resposta deve ser positiva, desde que não iniciada efetivamente a audiência de instrução e julgamento – destinada sobretudo à colheita da prova oral e do interrogatório do acusado, ou apenas do interrogatório do acusado. Primeiro, porque, após o início da instrução, já não se pode mais cogitar a subversão procedimental, sendo essa a tônica dos institutos de justiça penal consensual. Segundo, porque, iniciada a instrução, a solução consensual já não representará mais ganhos significativos em termos de celeridade. E, terceiro, porque, iniciada efetivamente a “cerimônia degradante” da audiência de instrução e julgamento, tem-se por prejudicado o objetivo de evitar a estigmatização do acusado. Inversamente, até esse marco temporal (início da instrução), ainda é possível cogitar a subversão procedimental, a aceleração processual e a não estigmatização do réu.

Cremos que foi basicamente por isso que a Ley de Enjuiciamiento Criminal, na Espanha, e o Codice de Procedura Penale, na Itália, estabeleceram como marco a partir do qual não mais se admite a solução consensual (*conformidad e patteggiamento*) o início da audiência de instrução e julgamento. A propósito, o projeto brasileiro de novo CPP não deixou de enfrentar o tema. E o equacionou da mesma maneira, ou seja, estabelecendo que “até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, (...) o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer aplicação imediata de pena (...)”.

Pelo exposto, parece-nos que se equivocou o STJ ao estabelecer que não cabe acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia. Por um lado, afigura-se claro que o instituto foi pensado, inicialmente, como alternativa ao oferecimento de denúncia, desde que preenchidos os requisitos legais. Logo, em regra, deve ser aplicado ao final da fase investigatória. Por outro, não se extrai do art. 28-A qualquer vedação ao seu oferecimento após o recebimento da inicial acusatória, desde que – pelas razões expostas acima – ainda não iniciada a instrução oral do feito. A nosso ver, o posicionamento do STJ revela incompreensão da verdadeira natureza do acordo de não persecução penal, além de desconhecimento dos seus propósitos político-criminais²³.

Outra questão interessante para o debate, trazida pela doutrina, diz respeito à possibilidade do preenchimento das condições para o acordo após o recebimento da denúncia. Nessa situação, segundo Pedro Faraco Neto e Vinicius Basso Lopes, seria possível a celebração do acordo, não se podendo falar em preclusão:

Além do problema da retroatividade da lei aos casos já em trâmite, com processos iniciados antes da vigência da norma, há outro problema que buscaremos responder com este trabalho: e se, mesmo com o processo tendo iniciado após a vigência da norma que instituiu o acordo de não persecução penal, o acusado vier a preencher os requisitos para sua aplicação após o recebimento da denúncia? Esclareceremos a problemática por meio de um exemplo: no momento do oferecimento da denúncia era imputado ao acusado o cometimento de crime com pena mínima superior a quatro anos, sendo assim, não fazendo jus à propositura do acordo. Porém, no momento da sentença há a desclassificação do delito para um de pena mínima inferior a quatro anos. Nesse caso, é possível a incidência

23 JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Breves notas sobre o cabimento do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia. *Boletim do IBCCRIM*, n. 344, jul. 2021.

do acordo mesmo após a prolação da sentença?

A resposta inegavelmente é positiva, e nesse caso, como analogia, deve-se aplicar a Súmula 337 do STJ, a qual assevera que: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”. Ora, ambos os institutos são consensuais/negociais, com eminente viés despenalizador, com requisitos e condições parecidas. Portanto, parece-nos razoável que a solução jurídica para tal demanda seja a mesma²⁴.

6 Análise crítica

Dos posicionamentos jurisprudenciais expostos, a tese jurisprudencial divergente, identificada no acórdão paradigmático proferido no HC 575.395/RN²⁵, a despeito de se tratar de corrente jurisprudencial minoritária, como já explicitado anteriormente, revela-se como mais adequada em razão princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, também aplicável a normas penais de natureza mista ou híbrida, como é caso da lei que trata de acordos de não persecução penal.

Deve-se ressaltar que o cumprimento do referido acordo é causa de extinção da punibilidade. Assim, possível a celebração de acordos para processos em curso antes da entrada em vigor da referida lei, não se podendo falar em limitação procedimental (recebimento da denúncia), consoante consagrado na tese jurisprudencial prevalente, como se depreende, por exemplo, do acórdão preferido no HC 628.647/SC²⁶.

O recebimento da denúncia indica apenas o momento a partir do qual se instaura o processo, não existindo na lei limitação temporal para o oferecimento do referido acordo. Por óbvio, pelo próprio delineamento do instituto, sua aplicação ocorrerá, em regra, na fase pré-processual. Todavia, não há óbices legais para a celebração em momento posterior. Mesmo porque, inclusive, o preenchimento das condições para o acordo pode ocorrer em momento posterior ao recebimento da denúncia. Tal hipótese ocorreria, por exemplo, no caso de uma desclassificação na sentença de delito inicialmente imputado ao agente com pena superior a quatro anos para outro com pena inferior, acarretando a incidência, por haver a mesma razão, da Súmula 337 do STJ²⁷.

24 FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinicius Basso. Acordo de não persecução penal – a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual. *Boletim do IBCCRIM* - especial lei anticrime, n. 331, jun. 2020.

25 BRASIL. STJ, 6ª Turma, PExt no AgRg no HC 575.395/RN, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020.

26 BRASIL. STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 628.647/SC, Relatora para o Acórdão Ministra Laurita Vaz, j. 09/03/2021, DJe 07/06/2021.

27 FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinicius Basso. Acordo de não persecução penal – a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual. *Boletim do IBCCRIM* - especial lei anticrime, n. 331, jun. 2020.

Ademais, a par do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, inclusive com previsão constitucional, deve-se observar que o instituto visa também a diminuição da carga de trabalho do Judiciário, bem como a aplicação do princípio da intervenção mínima, a busca por soluções consensuais e a não estigmatização do investigado ou do réu²⁸.

7 Conclusão

Em síntese, após análise da jurisprudência sobre a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução a processos em curso antes da entrada em vigor do novo instituto, verificou-se a existência de posicionamentos divergentes.

Para a tese majoritária, somente é possível a celebração de acordos de não persecução penal em relação a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei de regência, desde que a denúncia ainda não tenha sido recebida. Por outro lado, a tese minoritária entende que o acordo de não persecução penal poderia ser aplicado de forma retroativa a processos em curso quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 até o trânsito em julgado.

Nesse contexto, a possibilidade de aplicação da nova lei a processos em curso sem trânsito em julgado, independentemente da fase processual, mostra-se como importante medida de política criminal adotada pelo legislador, a fim de dar maior agilidade à justiça criminal, bem como evitar os efeitos negativos do processo criminal para o investigado ou para o réu.

Conclui-se, pelo exposto, que a tese minoritária é compatível com o sistema jurídico como um todo, pois, em última análise, enseja concretude integral ao princípio constitucional da aplicação da lei penal mais benéfica.

28 JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Breves notas sobre o cabimento do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia. *Boletim do IBCCRIM*, n. 344, jul. 2021.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CNJ, Plenário. *Consulta 0006849-17.2020.2.00.0000*, Relatora Conselheira Tânia Regina Silva Reckziege, j. 11/06/2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=9DE47F7A44DFA8ACFE6A5339EDB10403?jurisprudenciaIdJuris=52597&indiceListaJurisprudencia=14&firstResult=9000&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. CNPG/GNCCRIM. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime*. Enunciado 20. Disponível em: https://www.cnp.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. MPF, 2ª Câmara Criminal. *Enunciado 98*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Planalto. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Planalto. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. Planalto. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. STF, 1ª Turma, *HC 191.464/SC AgR*, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 11/11/2020, DJe 25/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. STF, Plenário, *HC 185.913/DF*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22/09/2020, DJe 23/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=HC&numero=185913#>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. STJ, 5ª Turma, *HC 624.805/SC*, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 02/02/2021, DJe 08/02/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002974298&dt_publicacao=08/02/2021. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. STJ, 6ª Turma, *AgRg no HC 628.647/SC*, Relatora para o Acórdão Ministra Laurita Vaz, j. 09/03/2021, DJe 07/06/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003060514&dt_publicacao=07/06/2021. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. STJ, 6ª Turma, *PExt no AgRg no HC 575.395/RN*, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 15/12/2020, DJe 18/12/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000931310&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. TRF 3ª Região, 5ª Turma. *Apelação Criminal 0017620-62.2016.4.03.6105/SP*, Relator Desembargador Federal André Custodio Nekatschalow, j. 29/06/2021. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/163500842>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. TRF 3ª Região, 11ª Turma. *Apelação Criminal 0016285-37.2017.4.03.6181/SP*, Relator Desembargador Federal Nino Oliveira Toldo, j. 25/06/2021. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/163289898>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. TRF 4ª Região, 8ª Turma. *Correção Parcial* 5009312-62.2020.4.04.0000/RS, Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, j. 13/05/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001680933&versao_gproc=14&crc_gproc=7d9281f0. Acesso em: 12 out. 2021.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Júnior. Acordo de não persecução penal nos crimes tributários. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 32, n. 665, p. 18-20, ago./set. 2020.

FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinicius Basso. Acordo de não persecução penal – a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual. *Boletim do IBCCRIM* - especial lei anticrime, n. 331, jun. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/448/acordo-de-nao-persecucao-penal-a-retroatividade-da-lei-penal-mista-e-a-possibilidade-dos-acordos-apos-a-instrucao-processual>. Acesso em: 14 out. 2021.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Breves notas sobre o cabimento do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia. *Boletim do IBCCRIM*, n. 344, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8574/breves-notas-sobre-o-cabimento-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-apos-o-recebimento-da-denuncia>. Acesso em: 14 out. 2021.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Acordo de não persecução penal e suas repercussões no âmbito administrativo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 95, p. 5-17, abr. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 1995. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SILVA, Rafaela Martins da; DORIGON, Alessandro. Acordo de não persecução penal: uma análise acerca do novel instituto da justiça consensuada e suas controvérsias. *Âmbito Jurídico*, 1 jul. 2021. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-analise-acerca-do-novel-instituto-da-justica-consensuada-e-suas-controversias/#_ftn1. Acesso em: 13 out. 2021.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de não persecução penal do artigo 28-A do CPP: breve introdução, problemas iniciais e os limites da exigibilidade da reparação do dano ao erário e ao particular. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, n. 97, p. 5-24, ago./set. 2020.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL

0031834-30.2003.4.03.6100

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: ZALAF & COSTA ENGENHARIA LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/08/2022

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO. ATRASO E PARALISAÇÃO DA OBRA. PENALIDADES. NÃO OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INCIDÊNCIA DE EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE. CULPA CONCORRENTE VERIFICADA.

1. A rescisão unilateral do contrato constitui cláusula exorbitante nos contratos administrativos e, no caso presente, foi justificada na verificação da hipótese do art. 78, V, da Lei nº 8.666/93. A inexecução do contrato sujeita a contratada às penas previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, observado o devido processo legal administrativo na sua imposição.

2. Mantida a sentença ao reconhecer não competir ao Poder Judiciário o pronunciamento acerca do mérito da decisão administrativa, mas tão somente acerca da legalidade e do cumprimento dos princípios constitucionais administrativos na decisão de rescisão contratual, concluindo pela ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade nas penas impostas pela Administração à autora/contratada no ato de rescisão do contrato, ante a presença de causas justificadoras excludentes da responsabilidade da contratada.

3. A paralisação e o atraso da obra constituem fatos incontroversos, residindo a controvérsia apenas na atribuição de culpa pelo inadimplemento na execução contratual.

4. A prova técnica foi conclusiva e permitiu segura convicção ao juízo sentenciante acerca da culpa concorrente dos contratantes como causa do inadimplemento que culminou com a rescisão do contrato.

5. Insubsistentes as penalidades administrativas impostas à autora com fundamento no inadimplemento das obrigações contratuais, na medida em que os atrasos na execução da obra em relação ao cronograma acordado não ocorreram por sua culpa exclusiva, mas também pelos atrasos atribuíveis à própria Administração contratante e que representaram fator relevante na elevação do custo de conclusão da obra, comprometendo a manutenção das condições de pleno adimplemento do ajuste.

6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

(Conexa à medida cautelar nº 0035377-41.2003.4.03.6100)

O Desembargador Federal Paulo Domingues:

Trata-se de apelação interposta pela União Federal contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na ação declaratória de nulidade da rescisão unilateral por inadimplência do contrato administrativo nº 005/2000 aforada por Zalaf & Costa Engenharia Ltda., firmado pela autora com a Comissão Regional de Obras da 2ª Região Militar (CRO/2), órgão do Exército Brasileiro, para afastar as penalidades contratuais que lhe foram impostas no processo administrativo instaurado, reconhecendo ofensa à proporcionalidade e razoabilidade, ante a verificação da culpa concorrente das partes pela inexecução contratual. Reconhecida a sucumbência recíproca.

Houve o julgamento conjunto no sentido da procedência da ação cautelar aforada pela autora/apelada e distribuída por dependência à presente ação, confirmando a liminar concedida para suspender os efeitos da penalidade que a impedia de participar de concorrências públicas.

Apela a União Federal, sustentando a improcedência do pedido, ante a demonstração da culpa exclusiva da autora/apelada pela rescisão administrativa do contrato, por ter paralisado totalmente a obra contratada a partir de 24/02/2003, sem justa causa e prévia comunicação da Contratante. Alega que as incorreções do projeto básico foram sanadas por meio de dois Termos Aditivos e que os atrasos nas obras não foram ocasionados pelo Contratante, conforme perícia contábil realizada pelo assistente técnico. Afirmar a legalidade da rescisão unilateral do contrato e conseqüente imposição da multa e penalidades por seu inadimplemento pela contratada. Alega que não houve atrasos de pagamento superiores a 90 (noventa dias).

Com contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Desembargador Federal Paulo Domingues:

A União Federal pleiteia a reforma da sentença que reconheceu a culpa concorrente das partes contratantes e afastou as penalidades impostas à construtora autora decorrentes da rescisão do Contrato nº 005/2000 que firmaram para a execução da obra de construção do Pavilhão Comando, Pavilhão Companhia de Comando e Serviço, Pavilhão Companhia de Escolta e Guarda, Pavilhão Corpo da Guarda e Pórtico do 2º Batalhão de Polícia do Exército.

Segundo a inicial, após vencer concorrência pública, a autora celebrou contrato com a Comissão Regional de Obras da 2ª Região Militar (CRO/2), órgão do Exército Brasileiro, em 27 de dezembro de 2000, sob o regime de empreitada por preço global, com fornecimento de materiais, equipamentos e mão de obra, nos termos da cláusula 2º do referido Termo do Contrato, pelo preço certo e ajustado de R\$ 3.145.838,21 (três milhões cento e quarenta e cinco mil oitocentos e trinta

e oito reais e vinte e um centavos), fixado o prazo 540 (quinhentos e quarenta) dias para conclusão das obras.

Foram firmados dois Termos Aditivos ao Contrato, o primeiro para o ajuste do projeto original e execução de obras nele não previstas, com acréscimo de R\$ 116.047,61 (cento e dezesseis mil quarenta e sete reais e sessenta e um centavos) ao custo inicial, além da prorrogação do prazo de vigência e de entrega da obra em 180 (cento e oitenta) dias. O segundo acrescentou R\$ 67.436,59 (sessenta e sete mil quatrocentos e trinta e seis reais e cinquenta e nove centavos) ao custo da contratação, sem alteração de prazo e vigência do contrato, em razão da necessidade de novas obras não previstas no projeto original.

As divergências entre os contratantes tiveram início nas tratativas para o terceiro aditivo, em que a Construtora contratada alegou o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, requerendo um realinhamento de preços no percentual de 22,95% sobre o saldo contratual, a partir de setembro de 2002, além da prorrogação do prazo contratual, com encaminhamento de novo cronograma revisado e com término das obras previsto para 28/02/2003.

O Exército contratante recusou o pedido de reequilíbrio econômico financeiro do contrato, admitindo tão somente a prorrogação do contrato e prazo de entrega da obra e, após meses de tratativas infrutíferas, houve a abertura do Processo Administrativo n.º 001/2003/CRO2, para a apuração de descumprimento de obrigações contratuais por parte da autora – contratada, em que proferida a decisão seguinte (ID 100938896 - fls. 353/355):

“Visto e examinados os autos do Processo Administrativo de nº 001/2003- CRO/2, que mandei instaurar para apurar a paralisação da execução da obra objeto do Termo de Contrato nº 005/2000-TP, de 27/12/00 e seus Termos Aditivos, qual seja, a construção do Quartel do 2º Batalhão de Polícia do Exército, no bairro do Ibirapuera, São Paulo -SP, pela contratada, a firma ZALAF e COSTA Engenharia Ltda., apurando-se, ainda as demais cominações legais advindas desta paralisação. No uso de minhas atribuições legais, à luz do que restou apurado e com base no Parecer Nr 25/03-DEC/Assejur, de 26 de junho de 2003, JULGO o presente Processo Administrativo na forma abaixo:

1. RESCINDO ADMINISTRATIVAMENTE o Termo de Contrato nº 0052000 -TP, de 27/12/00 e seus Termos Aditivos, por inadimplência culposa da firma ZALAF e COSTA Engenharia Ltda., pela mesma ter paralisado a obra contratada totalmente a partir do dia 24 de fevereiro de 2003 - sem justa causa e prévia comunicação à COMISSÃO REGIONAL DE OBRAS DA SEGUNDA REGIÃO MILITAR (CRO/2).

Tendo a contratada com seu ato incidido no previsto no inciso V do art 78 da Lei Nr 8666/93 e no inciso I da cláusula oitava do Termo de Contrato em tela; a rescisão é feita na forma do inciso I do art 79 da Lei nº 8.666/93.

2. APLICO AS SEGUINTE MULTAS:

a Prevista no inciso 1 da cláusula décima quarta do Termo de Contrato em tela, pela contratada ter descumprido a cláusula terceira do Termo Aditivo nº 001/2001 do Termo de Contrato em tela qual seja, deixou de entregar a obra pronta em 18 de dezembro de 2002, sendo o dia 24 de fevereiro de 2003 (dia do início da paralisação da obra), segundo cálculos realizados por Peritos da 2ª ICFEx, às folhas nº 750 do Processo Administrativo nº 001/03 abaixo especificados:

Multa de 0,1% do valor do contrato, por dia de atraso na entrega da obra.

1- data da assinatura do contrato 27 DEZ 00;

- 2- Prazo p/ entrega da obra: 720 dias;
 - 3- Data p/ entrega da obra: 18 DEZ 02;
 - 4- Data de autuação: 04 ABR 03;
 - 5- Quantidade de dias de atraso na obra: 107 dias;
 - 6- % de multa por dias de atraso: 0,10%;
 - 7- Valor contratual RS 3.329.322,40;
 - 8- Índice de Reajuste Dez/01 = 9,182757%;
 - 9- Índice de Reajuste Dez/02 = 11,357180%;
 - 10- Valor Contratual Reajustado até Dez/02: RS 4.047.884,69;
- Valor da multa por atraso na entrega da obra item 5X item 6 X Item 10 = RS 433.123,66 (quatrocentos e trinta e três mil cento e vinte e três reais e sessenta e seis centavos);
- b. Prevista no inciso II da cláusula décima quarta do Termo de Contrato em tela, pela contratada ter descumprido os prazos de término de várias etapas previstas apresentado no laudo técnico dos peritos da Seção Técnica da CRO/2, perfazendo o valor de RS 156.592,22 (cento e cinquenta e seis mil quinhentos e noventa e dois reais e vinte e dois centavos).
3. Com fulcro no art 55 da Lei nº 9.784/99, CONVALIDO o ato administrativo. exarado pelo 1º Tenente EDWEN MANTOVANI NOBREGA, encarregado do processo administrativo em tela, contido no Ofício nº026 -PA 001/2003, de 13 de junho de 2003, de sua lavra, em consequência, a contratada deve regularizar o recolhimento das contribuições ao INSS, no montante de R\$ 95,223,40 (noventa e cinco mil duzentos e vinte e três reais e quarenta centavos), ao COFINS, o montante de R\$ 8.225,15 (oito mil duzentos e vinte e cinco reais e quinze centavos) 4. Há que se considerar que a Perícia da 2ª ICEFx, detectou que deixou de ser pago RS 2.263,69 (dos mil duzentos e sessenta e três reais e sessenta e nove centavos), valor este que diz respeito à diferença de valores corrigidos, levando-se em consideração da décima primeira à vigésima medições. Este valor deverá ser deduzido do montante a ser pago pela empresa ZALAF e COSTA Engenharia Ltda
4. Em decorrência da rescisão unilateral proferida neste julgamento, a contratada deve à União o valor total de R\$ 690.900,74 (seiscentos e noventa mil novecentos reais e setenta e quatro centavos) referente a soma dos valores das multas e contribuição ao INSS e COFINS, não retidas em Notas Fiscais - que deverá ser pago diretamente pela mesma ou por cobrança judicial a cargo da Advocacia Geral da União.
5. Concomitantemente às multas aplicadas e, com fulcro no inciso III do art. 87 da Lei Nr 8.666/93, fica suspensa temporariamente da participação em licitação e impedida de contratar com a Administração, pelo prazo de 2 (dois) anos a empresa ZALAF e COSTA Engenharia Ltda., em consequência, faculto a defesa prévia da interessada, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar do recebimento deste julgamento.
- (...)"

A sentença reconheceu não competir ao Poder Judiciário o pronunciamento acerca do mérito da decisão administrativa, mas tão somente acerca da legalidade e do cumprimento dos princípios constitucionais administrativos na decisão de rescisão contratual, concluindo pela ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade nas penas impostas pela Administração à autora/contratada no ato de rescisão do contrato, ante a presença de causas justificadoras excludentes da responsabilidade da contratada.

A sentença não merece reparos.

O artigo 77 da Lei n.º 8.666/93 estabelece:

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

A rescisão unilateral do contrato constitui cláusula exorbitante nos contratos administrativos e, no caso presente, foi justificada na verificação da hipótese do art. 78, V, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;”

A inexecução do contrato sujeita a contratada às penas previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, observado o devido processo legal administrativo na sua imposição.

Ao que se constata do conjunto probatório, a paralisação e o atraso da obra constituem fatos incontroversos, residindo a controvérsia apenas na atribuição de culpa pelo inadimplemento na execução contratual.

A prova técnica foi conclusiva e permitiu segura convicção ao juízo sentenciante acerca da culpa concorrente dos contratantes como causa do inadimplemento que culminou com a rescisão do contrato, sentença que transcrevo no capítulo específico:

“Extrai-se que a administração concorreu para a paralisação das obras, mormente quanto aos erros de projeto que foram reajustados nos aditamentos, e os atrasos decorreram das indefinições e estrutura organizacional do Exército.

Isso pode se inferir, igualmente, nos termos aditivos lavrados pelas partes.

Houve negativa na celebração do terceiro termo aditivo, o qual se revelou plausível diante dos - problemas estruturais, que é fato incontroverso. Esta negativa concorreu para a paralisação da obra por ausência de verbas e, por seu turno, levou a rescisão contratual e abertura de nova licitação por montante superior. A propósito, o perito judicial contábil apurou que a nova licitação para a conclusão das obras em agosto/03 foi orçada no valor de R\$ - 1.397.482,82. O valor do orçamento apresentado pela Autora 03/02/03 era de R\$ 891.113,04, portanto houve um acréscimo de 56,82%. A atualização monetária pelos índices do INCC no período compreendido entre fevereiro -e agosto/2003 foi de 10,74% -portanto o valor na nova licitação, descontando-se a correção monetária do período, se apresentou superior 41,61% superior ao 30 Termo Aditivo `fls. 2211/2212).

Diviso que a administração não cumpriu com o inicialmente avençado, posto que alterou as condições pactuadas e, unilateralmente, entende não ser viável a revisão das condições imprescindíveis para a conclusão da obra que encontrava-se em fase final.

Por seu turno, a parte autora paralisou a obra sem noticiar a administração. Não há prova da notificação. (...)”

Assim, não merecem subsistir as penalidades administrativas impostas à autora com fundamento no inadimplemento das obrigações contratuais, na medida

em que os atrasos na execução da obra em relação ao cronograma acordado não ocorreram por sua culpa exclusiva, mas também pelos atrasos atribuíveis à própria Administração contratante e que representaram fator relevante na elevação do custo de conclusão da obra, comprometendo a manutenção das condições de pleno adimplemento do ajuste.

Por tais fundamentos, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0013200-97.2014.4.03.6100

Apelante: FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS EDUCACIONAIS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 27/07/2022

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ADE-SÃO AO PRONATEC. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO. VIOLAÇÃO À VINCULAÇÃO AO EDITAL. INOCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. LEGALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) foi instituído pela Lei 12.513/2011 com o objetivo de ampliar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica no país, por meio de programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira. Para a execução de tal programa as instituições privadas de ensino superior e de educação profissional técnica de nível médio deverão, entre outros requisitos, atender aos índices de qualidade acadêmica e a outros requisitos estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Educação (inciso III do § 1º do artigo 6º-A da Lei 12.513/2011), sendo que a habilitação de tais instituições *"estará condicionada ao resultado da sua avaliação, de acordo com critérios e procedimentos fixados em ato do Ministro de Estado da Educação, observada a regulação pelos órgãos competentes do respectivo sistema de ensino"* (§ 3º do mesmo dispositivo legal).

2. Na espécie, o ato administrativo impugnado foi o indeferimento ao pedido de adesão da autora ao PRONATEC, sob alegação de ilegalidade, por ausência de objetividade do edital, além da ausência de motivação. Deveras, o Edital SETEC 02, de 30/05/2014 teve por objeto a adesão ao Sistema de Seleção Unificada da Educação Profissional e Tecnológica - SISUTEC, para ingresso no segundo semestre de 2014, tendo tratado da oferta de vagas e indicado, expressamente, a possibilidade de eliminação de propostas, e condicionou a respectiva aprovação ao cumprimento do item 3.4 do edital.

3. De fato a proposta da demandante foi recusada, porém, o detalhamento do critério de reprovação foi devidamente indicado: *"(C12) O menor CPC contínuo aprovado neste turno/região foi 264 e o do curso correlato ao curso técnico na unidade de ensino é 252"*. O inconformismo da apelante quanto às regras do edital e à aplicação do critério do CPC não encontra fundamento jurídico, pois, de acordo com a Portaria Normativa MEC 40/2007, o CPC - Conceito Preliminar de Curso é um indicador a ser utilizado como medidor de qualidade dos cursos superiores, sendo calculado no ano seguinte ao da realização do ENADE de cada área, tendo por base a avaliação de desempenho de estudantes, corpo docente, infraestrutura,

recursos didático-pedagógicos e demais insumos, nos termos da orientação técnica aprovada pela CONAES, nos expressos termos do artigo 33-B. No caso dos autos, conforme asseverado pelo MEC, o critério C12 não tem caráter eliminatório, mas classificatório, diante da insuficiência de vagas, como bem revelado pela Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica do MEC.

4. Dessa forma, encontra-se deslindada a razão de constar na primeira recusa o fundamento do limite de vagas e no recurso administrativo o C12 - Conceito Preliminar de Curso - CPC, vez que superada a disponibilidade orçamentária do Ministério da Educação, é possível se estabelecer uma nota classificatória, baseada em índices de qualidade de ensino, adequando o número de vagas aos recursos orçamentários disponíveis. Verifica-se, portanto, a obediência aos critérios legais estabelecidos, concluindo que a parte autora não logrou demonstrar qualquer ilegalidade no ato de recusa. Certo que ao Poder Judiciário é defeso qualquer incursão no mérito administrativo, até porque se presume legítimo, cabendo, tão somente, verificar a legalidade do ato administrativo.

5. Quanto aos honorários advocatícios, embora a equidade possa ser aplicada, não é o caso dos autos, vez que a aplicação do critérios do §§ 2º e 3º do artigo 85, CPC, não resultam em valores irrisórios ou exorbitantes, devendo, portanto, ser reavaliado o arbitramento, frente ao grau de zelo profissional, lugar do serviço, natureza e importância da causa, e trabalho e tempo exigido, para fixar a condenação da autora em honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa, que exprime o proveito econômico da pretensão deduzida. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.

6. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença de improcedência da ação ordinária ajuizada para garantir a adesão da autora ao PRONATEC, especialmente para o CURSO DE TÉCNICO EM GERÊNCIA DE SAÚDE. Fixada verba honorária de R\$ 11.908,51, conforme a Tabela de Honorários da OAB/SP 2019.

Alegou-se, em suma, que: (1) o edital não prevê regras objetivas, tendo a apelante sido excluída por um critério não especificado, o que revela a subjetividade da avaliação do agente responsável; (2) a utilização do índice Conceito Preliminar de Curso – CPC não constou do edital, não podendo servir como crité-

rio classificatório; e (3) o valor fixado a título de honorários é exorbitante, sendo maior que o valor da causa.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) foi instituído pela Lei 12.513/2011 com o objetivo de ampliar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica no país, por meio de programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira.

Para a execução de tal programa as instituições privadas de ensino superior e de educação profissional técnica de nível médio deverão, entre outros requisitos, atender aos índices de qualidade acadêmica e a outros requisitos estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Educação (inciso III do § 1º do artigo 6º-A da Lei 12.513/2011), sendo que a habilitação de tais instituições *"estará condicionada ao resultado da sua avaliação, de acordo com critérios e procedimentos fixados em ato do Ministro de Estado da Educação, observada a regulação pelos órgãos competentes do respectivo sistema de ensino"* (§ 3º do mesmo dispositivo legal).

Na espécie, o ato administrativo impugnado foi o indeferimento ao pedido de adesão da autora ao PRONATEC, sob alegação de ilegalidade, por ausência de objetividade do edital, além da ausência de motivação.

Deveras, o Edital SETEC 02, de 30/05/2014 teve por objeto a adesão ao Sistema de Seleção Unificada da Educação Profissional e Tecnológica - SISUTEC, para ingresso no segundo semestre de 2014, tendo tratado da oferta de vagas e indicado, expressamente, a possibilidade de eliminação de propostas, nos seguintes termos (ID 127331116, f. 37):

"3.1.11 As propostas de ofertas de vagas serão submetidas à aprovação da SETEC/MEC, que adotará critérios de seleção relacionados:

- I. à disponibilidade orçamentária da SETEC/MEC;
- II. ao valor de hora-aluno apresentado para cada oferta de curso;
- III. à distribuição regional, com prioridade para a oferta de, no mínimo, 30% (trinta por cento) do total de vagas para as Regiões Norte e Nordeste;
- IV. à distribuição das propostas de oferta por turnos escolares;
- V. à distribuição das propostas de oferta por unidades de ensino;
- VI. à distribuição das propostas de oferta em uma mesma área de abrangência territorial;
- VII. à proporção entre a proposta de oferta de vagas e a quantidade de matrículas regulares em cada unidade de ensino;
- VIII. ao município de oferta;
- IX. a indicadores de qualidade do curso de graduação correlato, no caso de instituição privada de ensino superior;
- X. ao cumprimento do item 3.4 deste edital;
- XI. a outros critérios que a SETEC/MEC julgar pertinentes."

Ademais, condicionou à aprovação das propostas ao cumprimento do item 3.4 do edital, cujo teor é o seguinte:

“3.4 Das obrigações didático-pedagógicas

3.4.1 Caberá à instituição de ensino assegurar o cumprimento dos preceitos previstos na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Seções IV-A e V do Capítulo II e Capítulo III, no Decreto nº 5.154, de 23 de julho de 2004, nas Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Profissional Técnica de Nível Médio, nas diretrizes curriculares estaduais, quando couber, bem como nas demais condições estabelecidas em legislação aplicável e no Projeto Pedagógico do Curso - PPC, autorizado pelo órgão competente.

3.4.2 O PPC deverá contemplar expressamente o estágio obrigatório, quando for o caso, e o estágio não obrigatório, conforme a legislação em vigor.

3.4.3 A instituição de ensino e suas respectivas unidades de ensino deverão ainda realizar ações pedagógicas para promover a permanência e o êxito dos estudantes ao longo de todo o curso e estimular sua inserção socioprofissional.

3.4.4 O MEC, por meio de suas autarquias e unidades de gestão, poderá solicitar a qualquer tempo informações cadastrais dos estudantes matriculados, que deverão permanecer arquivadas na unidade de ensino, especialmente para a realização de atividades de monitoramento e avaliação e de avaliação de egressos.”

De fato, a proposta da demandante foi recusada, porém, o detalhamento do critério de reprovação foi devidamente indicado (ID 127331116, f. 69): “(C12) *O menor CPC contínuo aprovado neste turno/região foi 264 e o do curso correlato ao curso técnico na unidade de ensino é 252*”.

O inconformismo da apelante quanto às regras do edital e à aplicação do critério do CPC não encontra fundamento jurídico, pois, de acordo com a Portaria Normativa MEC 40/2007, o CPC - Conceito Preliminar de Curso é um indicador a ser utilizado como medidor de qualidade dos cursos superiores, sendo calculado no ano seguinte ao da realização do ENADE de cada área, tendo por base a avaliação de desempenho de estudantes, corpo docente, infraestrutura, recursos didático-pedagógicos e demais insumos, nos termos da orientação técnica aprovada pela CONAES, nos expressos termos do artigo 33-B, *verbis*:

“Art. 33-B São indicadores de qualidade, calculados pelo INEP, com base nos resultados do ENADE e demais insumos constantes das bases de dados do MEC, segundo metodologia própria, aprovada pela CONAES, atendidos os parâmetros da Lei nº 10.861, de 2004:

I - de cursos superiores: o Conceito Preliminar de Curso (CPC), instituído pela Portaria Normativa no 4, de 05 de agosto de 2008;

II - de instituições de educação superior: o Índice Geral de Cursos Avaliados da Instituição (IGC), instituído pela Portaria Normativa no 12, de 05 de setembro de 2008;

III - de desempenho de estudantes: o conceito obtido a partir dos resultados do ENADE;

§ 1º O CPC será calculado no ano seguinte ao da realização do ENADE de cada área, observado o art. 33-E, com base na avaliação de desempenho de estudantes, corpo docente, infra-estrutura, recursos didático-pedagógicos e demais insumos, conforme orientação técnica aprovada pela CONAES.

§ 2º O IGC será calculado anualmente, considerando:

I - a média dos últimos CPCs disponíveis dos cursos avaliados da instituição no ano do cálculo e nos dois anteriores, ponderada pelo número de matrículas em cada um dos cursos computados;

II - a média dos conceitos de avaliação dos programas de pós-graduação stricto sensu atribuídos pela CAPES na última avaliação trienal disponível, convertida para escala compatível e ponderada pelo número de matrículas em cada um dos programas de pós graduação correspondentes;

III - a distribuição dos estudantes entre os diferentes níveis de ensino, graduação ou pós-graduação stricto sensu, excluindo as informações do inciso II para as instituições que não oferecerem pós graduação stricto sensu.

§ 3º O ENADE será realizado todos os anos, aplicando-se aos estudantes de cada área por triênios, conforme descrito no art. 33-E.

§ 4º Nos anos em que o IGC da instituição não incorporar CPC de cursos novos, será informada a referência do último IGC atualizado.

§ 5º O IGC será calculado e divulgado na forma desta Portaria Normativa, independentemente do número de cursos avaliados.

§ 6º O CPC dos cursos com oferta nas modalidades presencial e a distância será divulgado de maneira unificada, considerando a soma dos estudantes das duas modalidades e seus respectivos resultados.

§ 7º Nas hipóteses de unificação de mantidas, transferência de mantença ou outras ocorrências que possam interferir no cálculo do IGC, serão considerados, para efeito de cálculo, os cursos que integrem a instituição até a data de referência, considerada essa como o prazo final de inscrição de alunos no ENADE."

No caso dos autos, conforme asseverado pelo MEC, o critério C12 não tem caráter eliminatório, mas classificatório, diante da insuficiência de vagas, como bem revelado pela Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica do MEC (ID 127331116, f. 69/71):

"(...)

8. O critério C12 dispõe sobre o Conceito Preliminar de Curso - CPC Contínuo, de caráter não eliminatório, apenas classificatório. Tal critério somente serve como elemento de priorização de propostas que cumpram todos os critérios estabelecidos em edital.

9. Como em muitos casos o número de vagas propostas é maior do que a disponibilidade orçamentária do MEC para atendê-las, as propostas são classificadas em ordem decrescente de CPC contínuo, o que confere objetividade à priorização e adota como elemento de referência a qualidade do ensino a ser ofertado para os estudantes com recursos públicos.

10. O referido critério funciona como uma nota de corte e é estabelecido em função das propostas apresentadas pelas demais instituições. Para o caso em análise, o menor CPC Contínuo do curso correlato das propostas aprovadas, na Região Sudeste, no turno vespertino, foi de 264, superior ao CPC contínuo de 252 relacionado à instituição de ensino.

11. Destaca-se, ainda, a título de informação ao juízo competente e à Advocacia Geral da União, que a concorrência em propostas de turno matutino e vespertino tem se mostrado elevada nos editais do SISUTEC, tendo em vista que tal iniciativa do Pronatec utiliza a capacidade instalada de instituições superiores, que já ocupam sua infraestrutura com cursos superiores regulares que, em sua maioria, são noturnos. Com isso, buscam aumentar sua capacidade de oferta

em turnos com menor procura no ensino superior - como é o caso dos turnos matutino e vespertino, o que eleva o CPC contínuo médio apresentado pelas instituições para tais turnos.

12. Por fim, esclarecemos a importância de indeferir o pedido da impetrante, de modo a não prejudicar o calendário do processo seletivo, já em andamento e disponibilizado para milhares de estudantes em todo o país. O item 4 do Edital Setec 02/2014 previu que a inscrição dos estudantes ocorresse de 21 a 25 de julho e que o início das aulas ocorresse a partir de 18 de agosto de 2014. Milhares de estudantes já foram matriculados entre 30 de julho e 01 de agosto do corrente, o processo tem caráter nacional e ao faz parte de seu escopo trabalhar com períodos de inscrição e/ou matrícula restritos a apenas uma instituição.

13. Segundo a Nota Técnica nº 16/2014/CGD/DTI/SE/MEC, da Diretoria de Tecnologia da Informação deste Ministério, que segue anexa a esta Nota, não há viabilidade técnica para realização de alterações manuais na base de dados do Sisutec e do Pronatec.

14. Os procedimentos de verificação, homologação e certificação da oferta de vagas, no que se refere a segurança e confiabilidade da informação, já foram realizados no fim do período regular de adesão e submissão de propostas, o que permitiu a publicação segura do portal e dos demais sistemas que compõem a infraestrutura do Sisutec.

15. Durante o planejamento desse processo seletivo, a equipe técnica responsável por esse procedimento estabeleceu prazo limite para alterações de registro até 17/07, às 23h59, para que houvesse tempo hábil para que os procedimentos fossem realizados com previsibilidade e sem prejuízo para a segurança operacional dos dados de inscrição e matrícula e dos dados pessoais de milhares de estudantes envolvidos no certame. Nesse sentido, uma vez que não há possibilidade de realizar os referidos testes e a validação dos dados no ambiente de produção, a alteração na oferta de vagas após o início das inscrições e das matrículas compromete de maneira estruturante o correto funcionamento dos sistemas e a segurança das informações já publicadas.

16. Eventual concessão de tal liminar implicaria em severo risco à operacionalização do processo e, em caso de qualquer imprevisto, em prejuízo extremo à imagem do Pronatec e do Sisutec, comprometendo, assim, a credibilidade da ação e imputando a responsabilidade pelo fato ao Ministério da Educação e não à instituição de ensino que não cumpriu o estabelecido no edital e que não foi contemplada dentro de um processo de priorização de propostas objetivo e baseado em indicadores de qualidade que, em última análise, visam proporcionar melhor qualidade de ensino aos estudantes a serem atendidos pelo Programa.

17. Registre-se, ainda, que o Sisutec compõe um Programa que possui âmbito nacional e atinge mais de 4.000 municípios. Tais alterações modificariam, ainda, as condições do certame, comprometeriam o andamento do edital como um todo e abririam precedentes para que outras instituições que estão em situação análoga se sintam prejudicadas, com direito de pleitear o mesmo. Percebe-se, pois, que poderá se instalar uma situação caótica envolvendo as unidades de ensino, o MEC e todos os estudantes afetados.

18. Com essas informações, sugere-se o envio dos autos ao Gabinete da SETEC, com posterior envio à Procuradoria Regional da União - 3ª Região, sem prejuízo de envio à Conjur, para providências relativas à defesa da União."

Dessa forma, encontra-se deslindada a razão de constar na primeira recusa o fundamento do limite de vagas e no recurso administrativo o C12 - Conceito

Preliminar de Curso - CPC, vez que superada a disponibilidade orçamentária do Ministério da Educação, é possível se estabelecer uma nota classificatória, baseada em índices de qualidade de ensino, adequando o número de vagas aos recursos orçamentários disponíveis.

Verifica-se, portanto, a obediência aos critérios legais estabelecidos, concluindo que a parte autora não logrou demonstrar qualquer ilegalidade no ato de recusa. Certo que ao Poder Judiciário é defeso qualquer incursão no mérito administrativo, até porque se presume legítimo, cabendo, tão somente, verificar a legalidade do ato administrativo.

Neste sentido:

Ap 0013198-30.2014.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 24/03/2017: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM AÇÃO ORDINÁRIA. PRONATEC. INDEFERIMENTO DE ADESÃO AO PROGRAMA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. A União Federal, MEC, agiu dentro dos lindes da discricionariedade. 2. É defeso ao poder judiciário imiscuir-se nos meandros dos atos administrativos. 3. Não houve ofensa ao edital, o qual previa, inclusive, o emprego de outros critérios de escolha, além dos taxativamente declinados. Numerus apertus. 4. Mantidos os honorários arbitrados na primeira instância. 5. Apelação não provida."

Quanto aos honorários advocatícios, embora a equidade possa ser aplicada, não é o caso dos autos, vez que a aplicação dos critérios do §§ 2 e 3º do artigo 85, CPC, não resulta em valores irrisórios ou exorbitantes, devendo, portanto, ser reavaliado o arbitramento, frente ao grau de zelo profissional, lugar do serviço, natureza e importância da causa, e trabalho e tempo exigido, para fixar a condenação da autora em honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa, que exprime o proveito econômico da pretensão deduzida.

Por fim, os honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, devem ser fixados, pela atuação nesta instância, em 5%, a ser acrescido ao valor cabível pelo processamento em primeira instância, conforme acima estipulado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, nos termos supracitados. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0014539-76.2014.4.03.6105

Apelante: RAIMUNDO NILDO PEREIRA
 Apelados: RUMO MALHA PAULISTA S.A., DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAEST DE TRANSPORTES
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 25/03/2022

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FAIXA DE DOMÍNIO DA FERROVIA. RISCO ALTO À SEGURANÇA DAS PESSOAS. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO À OBRIGAÇÃO DE REALOCAR OS OCUPANTES PARA PROGRAMAS HABITACIONAIS OU DE PAGAR ALUGUEL SOCIAL. DIREITO À MORADIA ADEQUADA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DAS CONSTRUÇÕES ERIGIDAS PELO APELANTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A demanda foi ajuizada por Rumo Malha Paulista S/A, empresa concessionária de exploração de serviço público de transporte ferroviário de carga, em face de Raimundo Nildo Pereira e outros, visando à reintegração de posse da faixa de domínio localizada no km ferroviário 3+400, ramal de acesso ao Terminal de Graneleiro CNAGA, paralelo à Avenida Pastor Hermínio F. Alves, Jardim São Judas Tadeu, município de Sumaré/SP, bem como à demolição das casas erigidas no local.

2. O DNIT foi incluído no feito, como assistente da autora, e os Municípios de Sumaré e de Hortolândia foram incluídos no polo passivo da demanda.

3. A sentença extinguiu o feito, sem resolução do mérito, em relação ao Município de Hortolândia, por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, e, quanto ao mais, julgou parcialmente procedente os pedidos, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para: a) condenar o Município de Sumaré a realizar a remoção e o reassentamento do(s) ocupante(s) e respectiva(s) família(s) para os imóveis dos programas habitacionais do Município, ou, até que possa se verificar a disponibilização de tais imóveis, o pagamento de aluguel social para transferência do(s) morador(es) para locais condignos e capazes de atender sua(s) necessidade(s) básica(s) de moradia, no prazo de até 90 (noventa) dias, realizando, em colaboração com a autora e DNIT, os trabalhos de demolição e limpeza das áreas desocupadas voluntariamente, impedindo que novas invasões ocorram, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser vertido em fundo habitacional a ser aberto em favor das famílias cadastradas, tudo sob a fiscalização e controle do Ministério Público Federal; b) condenar o(s) ocupante(s) da área a realizar sua desocupação voluntária no prazo de até 30 dias após o cumprimento das obrigações de fazer e prazo estabelecidos no item anterior, por parte do Município de Sumaré, sob pena de desocupação coercitiva, assegurando-se ao(s)

ocupante(s) a retirada de todos os seus bens e valores existentes no local; e c) determinar à autora e ao DNIT o acompanhamento de todas as diligências determinadas, devendo promover, às suas expensas, na forma da legislação dos transportes ferroviários, a tomada das medidas de sinalização, segurança e vigilância, a fim de se evitar novas invasões ou danos às pessoas e ao meio ambiente, devendo, ainda, o bem objeto da presente demanda ser restituído definitivamente ao DNIT, sob a responsabilidade da concessionária autora. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada a arcar com os honorários de seus próprios advogados.

4. Em suas razões recursais, o réu Raimundo Nildo Pereira requer a reforma da r. sentença, julgando-se improcedentes os pedidos. Subsidiariamente, pleiteia a condenação das autoras ao pagamento de indenização pelas construções erigidas, mediante avaliação individual dos imóveis descritos.

5. De início, assevera-se que o Regulamento de Segurança, Tráfego e Polícia das Estradas de Ferro (Decreto do Conselho de Ministros nº 2.089/63) dispunha, no §2º de seu artigo 9º, que “a faixa mínima de terreno necessária a perfeita segurança do tráfego dos trens, terá seus limites lateralmente fixados por uma linha distante seis (6) metros do trilho exterior, salvo em casos excepcionais, a critério do D.N.E.F”. O referido decreto foi revogado pelo Decreto nº 90.959/1985, que não estabeleceu uma metragem específica para as faixas de domínio.

6. Posteriormente, o artigo 1º, §2º, do Decreto nº 7.929/13 ampliou a largura mínima da referida faixa, nos seguintes termos: “Art. 1º [...] § 2º Para efeito deste Decreto, entende-se por faixa de domínio a porção de terreno com largura mínima de quinze metros de cada lado do eixo da via férrea, sem prejuízo das dimensões estipuladas nas normas e regulamentos técnicos vigentes, ou definidas no projeto de desapropriação ou de implantação da respectiva ferrovia”.

7. Além disso, a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, previa, em seu artigo 4º, inciso III, que “ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica”. Da leitura do referido artigo, extrai-se que, a partir da área da faixa domínio da ferrovia, inicia-se a faixa non aedificandi, de 15 metros para cada lado.

8. No caso, a empresa Gersepa, contratada para monitorar e mapear a faixa de domínio da autora, apurou, em vistoria realizada no dia 10/12/2014, que a referida faixa havia sido ocupada por seis famílias, que edificaram casas no local, a uma distância de 07 metros da linha férrea, sendo identificado, na ocasião, apenas o ora apelante. Posteriormente, em cumprimento ao mandado de citação, o oficial de justiça identificou mais 22 famílias e assinalou que a maioria dos moradores se encontrava no local entre 03 meses e aproximadamente 01 ano e meio, tendo ocupado a área por falta de opção; uma moradora idosa declarou residir no local há 18 anos.

9. Nesse cenário, tratando-se de ocupações iniciadas há tanto tempo, não é crível que a autora e o DNIT desconhecassem a existência de tantas mo-

radial no local, restando clara a responsabilidade de ambos, bem como do Poder Público, sobre a situação. Sobre o tema, consignou brilhantemente o Ministério Público Federal que “a ocupação urbana informal é um fenômeno complexo que envolve aspectos históricos, sociais, políticos e econômicos, e ocorre em quase todo o território nacional. Como todo fenômeno social de raízes profundas, é uma das consequências da exclusão social, e que, desde o advento da CF/88, sua continuidade tem lastro, fundamentalmente, na omissão do Estado em garantir um mínimo existencial no que se refere aos direitos fundamentais, deixando as camadas mais desfavorecidas, excluídas e impossibilitadas de concretizar, nos quadros da legalidade, seu direito à cidade e a uma moradia digna”.

10. De acordo com o jurista André de Carvalho Ramos, o Comitê do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) “reconheceu que todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que assegure a proteção jurídica contra despejos forçados, assédios e outras ameaças. Essa preocupação com o aspecto social da moradia também é do direito comparado. A Corte Constitucional da África do Sul, no caso Grootboom, reconheceu que o direito à moradia impõe requisitos às ordens de despejo” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 8ª ed. Edição do Kindle. Saraiva Jur.: 2021, pp. 1458-1459).

11. Em fevereiro de 2015, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, atendendo a uma solicitação do Ministério Público Federal nos autos dos Inquéritos Cíveis Públicos nº 1.34.004.001415/2013-50 e nº 1.34.004.000068/2013-48, apresentou Relatório de Avaliação e Classificação de Risco de Invasões na Faixa de Domínio, em relação aos municípios de Louveira, Vinhedo, Campinas, Hortolândia, Sumaré e Valinhos. As áreas foram classificadas em 5 níveis de risco às pessoas (muito baixo, baixo, regular, alto e muito alto), com base nos seguintes fatores: a) distância entre as habitações e o eixo da linha férrea (quanto menor a distância, maior o risco); b) nível do piso das habitações, em relação ao nível da linha férrea (o risco é menor, quando as habitações estão acima do nível da linha); c) localização em curva (a probabilidade de tombamento e descarrilamento é maior nas curvas); d) volume de tráfego (quanto maior o volume, maior o risco); e e) transporte de produtos perigosos. No tocante à área objeto destes autos, a ANTT observou que havia moradias a apenas 04 metros de distância do eixo da linha férrea e pouco acima do nível da linha, bem como que a parte inicial da ocupação está em curva, sendo classificada, portanto, como ocupação de alto risco para as pessoas.

12. Todavia, os problemas relacionados à segurança, em razão da proximidade das moradias com o tráfego ferroviário, não podem ser invocados como fundamento para se retirar diversas famílias de suas moradias, sem que tenha sido providenciado pelos entes públicos um local seguro e adequado para realocá-las, pois, tal medida ocasionaria uma situação de vulnerabilidade social muito maior, especialmente após o início da pandemia de covid-19. Nesse cenário, conforme bem assinalado pela Defensoria Pública da União, “a dignidade da pessoa é valor preponderante, e deve orientar o presente caso. Não que se deva afastar a aplicabilidade das normas

cogentes, mas de forma a respeitar, no caso concreto, valores superiores a elas, com vistas a dissolver o conflito de interesses presente nesta lide de forma harmônica com o Estado Democrático de Direito, evitando-se o caos social que a fria incidência da lei pode causar”.

13. Assim, bem agiu o D. Juízo a quo ao determinar que a desocupação voluntária da área deverá ocorrer somente 30 dias após o Município de Sumaré ter cumprido a obrigação de transferir os moradores para os imóveis dos programas habitacionais do Município, ou, até que haja disponibilidade de tais imóveis, de pagar de aluguel social a eles, possibilitando a transferência das famílias para locais condignos e capazes de atender suas necessidades básicas de moradia, no prazo de até 90 dias.

14. No tocante ao pedido de indenização pelas construções erigidas pelo apelante, observa-se que, além de não existir nenhum documento nos autos demonstrando quais seriam estas construções (área construída, material utilizado, etc), elas sequer foram elencadas no recurso de apelação. Ressalte-se que a avaliação individual do imóvel do apelante não pode ser genericamente autorizada, sem que haja qualquer mínima especificação do objeto a ser indenizado.

15. Dessa forma, a r. sentença deve ser integralmente mantida.

16. Condenação do apelante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

17. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Raimundo Nildo Pereira contra a sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, em relação ao Município de Hortolândia, por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, e, quanto ao mais, julgou parcialmente procedente os pedidos, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para: a) condenar o Município de Sumaré a realizar a remoção e o reassentamento do(s) ocupante(s) e respectiva(s) família(s) para os imóveis dos programas habitacionais do Município, ou, até que possa se verificar a disponibilização de tais imóveis, o pagamento de aluguel social para transferência do(s) morador(es) para locais condignos e capazes de atender sua(s) necessidade(s) básica(s) de moradia, no prazo de até 90 (noventa) dias, realizando, em colaboração com a autora e DNIT, os trabalhos de demolição e limpeza das áreas desocupadas voluntariamente, impedindo que novas invasões ocorram, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a

ser vertido em fundo habitacional a ser aberto em favor das famílias cadastradas, tudo sob a fiscalização e controle do Ministério Público Federal; b) condenar o(s) ocupante(s) da área a realizar sua desocupação voluntária no prazo de até 30 dias após o cumprimento das obrigações de fazer e prazo estabelecidos no item anterior, por parte do Município de Sumaré, sob pena de desocupação coercitiva, assegurando-se ao(s) ocupante(s) a retirada de todos os seus bens e valores existentes no local; e c) determinar à autora e ao DNIT o acompanhamento de todas as diligências determinadas, devendo promover, às suas expensas, na forma da legislação dos transportes ferroviários, a tomada das medidas de sinalização, segurança e vigilância, a fim de se evitar novas invasões ou danos às pessoas e ao meio ambiente, devendo, ainda, o bem objeto da presente demanda ser restituído definitivamente ao DNIT, sob a responsabilidade da concessionária autora.

A demanda, com pedido de antecipação de tutela, foi ajuizada por Rumo Malha Paulista S/A, empresa concessionária de exploração de serviço público de transporte ferroviário de carga, em face de Raimundo Nildo Pereira e outros, visando à reintegração de posse da faixa de domínio localizada no km ferroviário 3+400, ramal de acesso ao Terminal de Graneleiro CNAGA, paralelo à Avenida Pastor Hermínio F. Alves, Jardim São Judas Tadeu, município de Sumaré/SP, bem como à demolição das casas erigidas no local.

Em cumprimento ao mandado de citação e constatação, foram identificadas mais de vinte famílias no local.

Houve a inclusão do DNIT como assistente da autora e o indeferimento da tutela antecipada. Diante disso, a autora interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento por este E. Tribunal.

Os réus, representados pela Defensoria Pública da União, apresentaram contestação.

Réplicas da autora e do DNIT.

Os Municípios de Sumaré e de Hortolândia foram incluídos no polo passivo da demanda e apresentaram contestação.

O Ministério Público Federal e a autora requereram a exclusão do Município de Hortolândia do feito, mantendo-se somente o Município de Sumaré.

O DNIT apresentou réplica.

Sobreveio sentença, nos termos acima delineados. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada a arcar com os honorários de seus próprios advogados.

Os réus opuseram embargos de declaração, que foram rejeitados.

Irresignado, o réu Raimundo Nildo Pereira interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da r. sentença, julgando-se improcedentes os pedidos. Subsidiariamente, pleiteia a condenação das autoras ao pagamento de indenização pelas construções erigidas, mediante avaliação individual dos imóveis descritos.

Com contrarrazões, os autos vieram a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

A demanda foi ajuizada por Rumo Malha Paulista S/A, empresa concessionária de exploração de serviço público de transporte ferroviário de carga, em face de Raimundo Nildo Pereira e outros, visando à reintegração de posse da faixa de domínio localizada no km ferroviário 3+400, ramal de acesso ao Terminal de Graneleiro CNAGA, paralelo à Avenida Pastor Hermínio F. Alves, Jardim São Judas Tadeu, município de Sumaré/SP, bem como à demolição das casas erigidas no local.

O DNIT foi incluído no feito, como assistente da autora.

Os Municípios de Sumaré e de Hortolândia foram incluídos no polo passivo da demanda.

A sentença extinguiu o feito, sem resolução do mérito, em relação ao Município de Hortolândia, por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, e, quanto ao mais, julgou parcialmente procedente os pedidos, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para: a) condenar o Município de Sumaré a realizar a remoção e o reassentamento do(s) ocupante(s) e respectiva(s) família(s) para os imóveis dos programas habitacionais do Município, ou, até que possa se verificar a disponibilização de tais imóveis, o pagamento de aluguel social para transferência do(s) morador(es) para locais condignos e capazes de atender sua(s) necessidade(s) básica(s) de moradia, no prazo de até 90 (noventa) dias, realizando, em colaboração com a autora e DNIT, os trabalhos de demolição e limpeza das áreas desocupadas voluntariamente, impedindo que novas invasões ocorram, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser vertido em fundo habitacional a ser aberto em favor das famílias cadastradas, tudo sob a fiscalização e controle do Ministério Público Federal; b) condenar o(s) ocupante(s) da área a realizar sua desocupação voluntária no prazo de até 30 dias após o cumprimento das obrigações de fazer e prazo estabelecidos no item anterior, por parte do Município de Sumaré, sob pena de desocupação coercitiva, assegurando-se ao(s) ocupante(s) a retirada de todos os seus bens e valores existentes no local; e c) determinar à autora e ao DNIT o acompanhamento de todas as diligências determinadas, devendo promover, às suas expensas, na forma da legislação dos transportes ferroviários, a tomada das medidas de sinalização, segurança e vigilância, a fim de se evitar novas invasões ou danos às pessoas e ao meio ambiente, devendo, ainda, o bem objeto da presente demanda ser restituído definitivamente ao DNIT, sob a responsabilidade da concessionária autora. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada a arcar com os honorários de seus próprios advogados.

Em suas razões recursais, o réu Raimundo Nildo Pereira requer a reforma da r. sentença, julgando-se improcedentes os pedidos. Subsidiariamente, pleiteia a condenação das autoras ao pagamento de indenização pelas construções erigidas, mediante avaliação individual dos imóveis descritos.

Passo à análise.

De início, assevero que o Regulamento de Segurança, Tráfego e Polícia das Estradas de Ferro (Decreto do Conselho de Ministros nº 2.089/63) dispunha, no §2º de seu artigo 9º, que "*a faixa mínima de terreno necessária a perfeita segu-*

rança do tráfego dos trens, terá seus limites lateralmente fixados por uma linha distante seis (6) metros do trilho exterior, salvo em casos excepcionais, a critério do D.N.E.F”.

O referido decreto foi revogado pelo Decreto nº 90.959/1985, que não estabeleceu uma metragem específica para as faixas de domínio.

Posteriormente, o artigo 1º, §2º, do Decreto nº 7.929/13 ampliou a largura mínima da referida faixa, nos seguintes termos:

“Art. 1º [...]

§ 2º Para efeito deste Decreto, entende-se por faixa de domínio a porção de terreno com largura mínima de quinze metros de cada lado do eixo da via férrea, sem prejuízo das dimensões estipuladas nas normas e regulamentos técnicos vigentes, ou definidas no projeto de desapropriação ou de implantação da respectiva ferrovia.”

Além disso, a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, previa, em seu artigo 4º, inciso III, que “ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica”. Da leitura do referido artigo, extrai-se que, a partir da área da faixa domínio da ferrovia, inicia-se a faixa non aedificandi, de 15 metros para cada lado.

No caso, a empresa Gersepa, contratada para monitorar e mapear a faixa de domínio da autora, apurou, em vistoria realizada no dia 10/12/2014, que a referida faixa havia sido ocupada por seis famílias, que edificaram casas no local, a uma distância de 07 metros da linha férrea, sendo identificado, na ocasião, apenas o ora apelante (ID 199338021, p. 78). Posteriormente, em cumprimento ao mandado de citação, o oficial de justiça identificou mais 22 famílias e assinalou que a maioria dos moradores se encontrava no local entre 03 meses e aproximadamente 01 ano e meio, tendo ocupado a área por falta de opção; uma moradora idosa declarou residir no local há 18 anos (ID 199338021, p. 78).

Nesse cenário, tratando-se de ocupações iniciadas há tanto tempo, não é crível que a autora e o DNIT desconhecêssem a existência de tantas moradias no local, restando clara a responsabilidade de ambos, bem como do Poder Público, sobre a situação.

Sobre o tema, consignou brilhantemente o Ministério Público Federal:

“A ocupação urbana informal é um fenômeno complexo que envolve aspectos históricos, sociais, políticos e econômicos, e ocorre em quase todo o território nacional. Como todo fenômeno social de raízes profundas, é uma das consequências da exclusão social, e que, desde o advento da CF/88, sua continuidade tem lastro, fundamentalmente, na omissão do Estado em garantir um mínimo existencial no que se refere aos direitos fundamentais, deixando as camadas mais desfavorecidas, excluídas e impossibilitadas de concretizar, nos quadros da legalidade, seu direito à cidade e a uma moradia digna.

Não se pode olvidar que a problemática se torna mais grave em função da atuação especulativa no setor imobiliário que engendra distorções como as “bolhas”

imobiliárias e a gentrificação, que expulsa as camadas mais desfavorecidas dos centros urbanos ao passo que imóveis são mantidos vazios, sem cumprir sua função social.

Obviamente, ninguém deseja morar irregularmente, pois isso significa estar em condição de insegurança permanente. Por esse motivo, além de um direito social, podemos dizer que a moradia regular é condição para a realização integral de outros direitos constitucionais, como o trabalho, o lazer, a educação e a saúde. Isso porque a posição geográfica é fator relevante para o acesso a determinados bens e serviços que são disponibilizados por meio de políticas públicas providas pelos entes da federação, no limite de suas competências.” (ID 199338022, p 22)

De acordo com o jurista André de Carvalho Ramos, o direito à moradia adequada foi incluído no rol do art. 6º da CF pela EC n. 26/2000, além de estar previsto em diversos diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 8ª ed. Edição do Kindle. Saraiva Jur.: 2021, pp. 1457-1458).

Em relação aos elementos constitutivos do direito à moradia adequada, dispõe o referido jurista:

“No Comentário Geral n. 4, o Comitê do PIDESC identificou sete elementos essenciais do direito à moradia adequada, a saber: (i) proteção legal e segurança jurídica, pelo qual se exige proteção legal da moradia contra despejo arbitrário ou ameaças de qualquer quilate; (ii) disponibilidade de serviços, pelo qual se requer que os beneficiados do direito à moradia possam usufruir de acesso sustentável à água, à luz, ao aquecimento, ao saneamento, entre outros; (iii) custo acessível, que assegura o acesso à moradia sem que outras necessidades básicas sejam sacrificadas; (iv) habitabilidade, que impõe que o local de moradia proteja os seus ocupantes da umidade, calor, frio e outras ameaças à saúde física e psíquica. As recomendações constantes das “Guias de Moradia e Saúde” (Housing and Health Guidelines) da Organização Mundial da Saúde explicitam as condições adequadas de uma moradia, mostrando o vínculo entre saúde e habitação²¹¹; (v) acessibilidade, que requer prioridade no acesso pleno e sustentável à moradia por parte de grupos vulneráveis (idosos, crianças, pessoas com deficiência, grupos que vivem em áreas de risco ou em habitações precárias etc.), transformando a moradia em direito de todos; (vi) localização, que indica a necessidade de não construir moradias em lugares sem serviços, longe de equipamentos sociais e dos locais de trabalho, próximos de áreas de risco ou poluídas etc.; (vii) adequação cultural, que visa assegurar a identidade e diversidade cultural na construção da moradia. Por sua vez, no Comentário n. 7 (“o direito a uma moradia digna e os despejos forçados”), o Comitê do PIDESC reconheceu que todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que assegure a proteção jurídica contra despejos forçados, assédios e outras ameaças. Essa preocupação com o aspecto social da moradia também é do direito comparado. A Corte Constitucional da África do Sul, no caso Grootboom, reconheceu que o direito à moradia impõe requisitos às ordens de despejo.” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 8ª ed. Edição do Kindle. Saraiva Jur.: 2021, pp. 1458-1459).

Em fevereiro de 2015, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, atendendo a uma solicitação do Ministério Público Federal nos autos dos Inquéritos Cíveis Públicos nº 1.34.004.001415/2013-50 e nº 1.34.004.000068/2013-48, apresentou Relatório de Avaliação e Classificação de Risco de Invasões na Faixa de Domínio, em relação aos municípios de Louveira, Vinhedo, Campinas, Hortolândia, Sumaré e Valinhos. As áreas foram classificadas em 5 níveis de risco às pessoas (muito baixo, baixo, regular, alto e muito alto), com base nos seguintes fatores: a) distância entre as habitações e o eixo da linha férrea (quanto menor a distância, maior o risco); b) nível do piso das habitações, em relação ao nível da linha férrea (o risco é menor, quando as habitações estão acima do nível da linha); c) localização em curva (a probabilidade de tombamento e descarrilamento é maior nas curvas); d) volume de tráfego (quanto maior o volume, maior o risco); e e) transporte de produtos perigosos. No tocante à área objeto destes autos, a ANTT observou que havia moradias a apenas 04 metros de distância do eixo da linha férrea e pouco acima do nível da linha, bem como que a parte inicial da ocupação está em curva, sendo classificada, portanto, como ocupação de alto risco para as pessoas (ID199345134, p. 17).

Todavia, os problemas relacionados à segurança, em razão da proximidade das moradias com o tráfego ferroviário, não podem ser invocados como fundamento para se retirar diversas famílias de suas moradias, sem que tenha sido providenciado pelos entes públicos um local seguro e adequado para realocá-las, pois, tal medida ocasionaria uma situação de vulnerabilidade social muito maior, especialmente após o início da pandemia de covid-19. Nesse cenário, conforme bem assinalado pela Defensoria Pública da União, *"a dignidade da pessoa é valor preponderante, e deve orientar o presente caso. Não que se deva afastar a aplicabilidade das normas cogentes, mas de forma a respeitar, no caso concreto, valores superiores a elas, com vistas a dissolver o conflito de interesses presente nesta lide de forma harmônica com o Estado Democrático de Direito, evitando-se o caos social que a fria incidência da lei pode causar"* (ID 199338024, p. 05).

Assim, bem agiu o D. Juízo *a quo* ao determinar que a desocupação voluntária da área deverá ocorrer somente 30 dias após o Município de Sumaré ter cumprido a obrigação de transferir os moradores para os imóveis dos programas habitacionais do Município, ou, até que haja disponibilidade de tais imóveis, de pagar de aluguel social a eles, possibilitando a transferência das famílias para locais condignos e capazes de atender suas necessidades básicas de moradia, no prazo de até 90 dias.

No tocante ao pedido de indenização pelas construções erigidas pelo apelante, observo que, além de não existir nenhum documento nos autos demonstrando quais seriam estas construções (área construída, material utilizado, etc), elas sequer foram elencadas no recurso de apelação. Ressalte-se que a avaliação individual do imóvel do apelante não pode ser genericamente autorizada, sem que haja qualquer mínima especificação do objeto a ser indenizado.

Dessa forma, a r. sentença deve ser integralmente mantida.

Condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

Em face do exposto, *nego provimento ao recurso de apelação*, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0015565-90.2015.4.03.6100

Apelante: MIRIAN CASTELO BRANCO DA SILVA
 Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 03/08/2022

EMENTA

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE.
 I - Impossibilidade de aquisição da propriedade por usucapião de imóvel integrante do SFH. Precedentes do STJ e desta Corte.
 II - Recurso desprovido, 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, com majoração da verba honorária, nos termos do voto do senhor Desembargador Federal relator, acompanhado pelos votos do senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, pela conclusão, e do senhor Desembargador Federal Carlos Francisco, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Mirian Castelo Branco da Silva em face da Caixa Econômica Federal – CEF e outro visando a aquisição por usucapião de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação.

Alega a parte autora ser possuidora do imóvel desde o ano de 2000 tendo fixado residência com ânimo de dona e quitando todas as obrigações acessórias decorrentes da propriedade.

Proferida sentença de improcedência do pedido (Id. 192823427), dela recorre a parte autora reiterando os fundamentos da peça inicial.

Com contrarrazões subiram os autos, o Ministério Público Federal manifestando-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

VOTO

Versa o presente recurso sobre a possibilidade de aquisição por usucapião de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação - SFH.

Não assiste razão à parte apelante.

É consolidado no STJ o entendimento de que o imóvel vinculado ao SFH deve ser tratado como bem público porque afetado à prestação de serviço público, destarte sendo insuscetível de aquisição por usucapião. A propósito:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015) E CIVIL (CC/2002). USUCAPIÃO. IMÓVEL VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de se adquirir por usucapião imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH.
2. Afetação dos imóveis do SFH à implementação política nacional de habitação e planejamento territorial do governo federal.
3. *Descabimento da aquisição, por usucapião, de imóveis vinculados ao SFH, tendo em vista o caráter público dos serviços prestado pela Caixa Econômica Federal na implementação da política nacional de habitação. Precedentes.*
4. Agravo desprovido.

(AgInt no REsp 1712101/AL, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018);

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO URBANO. IMÓVEL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "O imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível" (REsp 1.448.026/PE, Rel. Ministra Nancy Andrighi).
2. A Corte de origem, mediante o exame do acervo fático-probatório dos autos, concluiu não ter sido demonstrado o requisito do animus domini para a caracterização da usucapião especial urbana, tendo em vista que o imóvel está vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação e que a parte autora sabia ser pertencente a outrem. Infirmar as conclusões do julgado, para reconhecer a existência de posse mansa e pacífica, demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.
3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1584104/AL, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 08/09/2017);

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL VINCULADO AO SFH. IMPRESCRITIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Ação de usucapião especial urbana ajuizada em 18/07/2011, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 11/01/2013 e concluso ao Gabinete em 01/09/2016.
2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a possibilidade de aquisição por usucapião de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação e de titularidade da Caixa Econômica Federal.
3. A Caixa Econômica Federal integra o Sistema Financeiro de Habitação, que, por sua vez, compõe a política nacional de habitação e planejamento territorial do governo federal e visa a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, de modo a concretizar o direito fundamental à moradia.

4. Não obstante se trate de empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, a Caixa Econômica Federal, ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e órgão de execução da política habitacional, explora serviço público, de relevante função social, regulamentado por normas especiais previstas na Lei 4.380/64.

5. *O imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível.*

6. Alterar o decidido pelo Tribunal de origem, no que tange ao preenchimento dos requisitos legais para o reconhecimento da usucapião, seja a especial urbana, a ordinária ou a extraordinária, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 1448026/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 21/11/2016).

No mesmo sentido, precedentes desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. IMÓVEL CONSTRUÍDO COM RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. BEM AFETADO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO. FALÊNCIA DA CONSTRUTORA. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. IMÓVEL PENHORADO POR FORÇA DE AÇÃO DE EXECUÇÃO MOVIDA PELA CEF ANTES DA OCUPAÇÃO DO APELANTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Agravo retido não conhecido, nos termos do artigo 523, §1º, do CPC/1973.

2. A usucapião especial urbana, também conhecida como usucapião pró-moradia, tem como escopo a efetividade do direito fundamental à moradia e do princípio da dignidade da pessoa humana, mediante preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 183 da Constituição Federal.

3. Tal norma, igualmente reproduzida no artigo 1.240 do Código Civil, apresenta como requisitos a essa modalidade de usucapião: a) área urbana de até 250 m²; b) exercício da posse por 5 (cinco) anos, de forma ininterrupta e sem oposição; c) utilização do imóvel para moradia do possuidor ou de sua família; d) não seja o usucapiente proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; e) não tenha o usucapiente adquirido qualquer outra área por meio da usucapião.

4. *A restrição prevista no §3º do referido artigo, qual seja, a impossibilidade de aquisição de imóveis públicos por usucapião, não é aplicável aos bens pertencentes a empresas públicas e de sociedade de economia mista, uma vez que estas são regidas pelas normas de direito privado. Todavia, se o bem em questão estiver afetado à prestação de serviço público, este deverá ser tratado como bem público.*

5. *Nesse sentir, a Caixa Econômica Federal, ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação do Governo Federal, tal como o Sistema Financeiro de Habitação - SFH, explora serviço público "destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população" (artigo 8º da Lei nº 4.380/64).*

6. *Dessa forma, o imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal com recursos do Sistema Financeiro de Habitação se equipara aos bens públicos, sendo, portanto, imprescritível. Precedentes.*

7. No caso dos autos, da análise do registro do imóvel (matrícula nº 43.043), extrai-se que o Residencial Parque dos Eucaliptos, onde se situa o imóvel objeto

da presente lide, foi construído com verbas do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, fato que, por si só, impossibilitaria a sua aquisição por usucapião, nos termos do §3º do artigo 183 da Constituição Federal. Precedentes.

8. Ademais, conforme esclarecido pela ré em sua Contestação, o citado residencial "é um empreendimento originalmente financiado pela Caixa Econômica Federal à Técnica Engenharia Ltda, objeto da matrícula nº 43.043, junto ao 2º CRI de Sorocaba/SP, tendo como garantia do mútuo a hipoteca sobre o imóvel, conforme R.3/34.644. Posteriormente, o imóvel foi alienado à Trese Construtora e Incorporadora Ltda, com sub-rogação do ônus hipotecário, conforme Av.6/43.043".

9. Consta, ainda, que, após a falência da corré Trese Construtora e Incorporadora Ltda, o Juízo Falimentar declarou a indisponibilidade do Residencial Parque dos Eucaliptos, e, em razão do inadimplemento do contrato de mútuo, a CEF ajuizou ação de execução em face da Construtora (proc. n. 98.0901355-8), resultando na penhora do prédio.

10. Desta feita, conforme bem asseverado pelo i. representante do Ministério Público Federal, não é possível afirmar que a Caixa Econômica Federal permaneceu inerte, uma vez que a referida ação de execução foi ajuizada em março de 1998, ou seja, em momento anterior à própria ocupação do autor, que se deu em 2001.

11. Sendo assim, por todos os ângulos analisados, não restou comprovado o direito do apelante, razão pela qual deve ser mantido integralmente o teor da r. sentença.

12. Agravo retido não conhecido. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1708069 - 0012035-29.2007.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, julgado em 12/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/06/2018);

APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL - IMÓVEL FINANCIADO COM RECURSOS DO SFH - ADJUDICAÇÃO PELA CEF - USUCAPIÃO INOPONÍVEL - NATUREZA PÚBLICA DOS RECURSOS ENVOLVIDOS - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

I - Desnecessidade da realização de prova pericial e testemunhal, para comprovar a posse do imóvel objeto da lide, vez que a matéria posta em desate deve ser demonstrada documentalmente, razão pela qual perfeitamente cabível o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC/1973.

II - O imóvel objeto da ação foi adquirido, primeiramente, por terceiros, na data de 03.08.2000, sendo que o bem foi dado em hipoteca em favor da Caixa Econômica Federal. Posteriormente, em razão da inadimplência dos antigos mutuários, foi promovida a execução extrajudicial nos termos do Decreto-lei nº 70/66 e adjudicado o imóvel pela credora, em 28.06.2006, sendo que a Caixa Econômica Federal transmitiu por venda o imóvel à ré, ora apelada, conforme escritura pública lavrada em 21.02.2011.

III - Não há possibilidade, a teor do artigo 9º da Lei 5.741/71, e de farta jurisprudência, de aquisição por meio de usucapião de imóveis inseridos no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, porque possui a finalidade de atender à política habitacional do Governo Federal.

IV - Não prospera a alegação no sentido da possibilidade de usucapir imóvel da Caixa Econômica Federal, tendo em vista que os imóveis financiados com recursos do SFH têm por escopo promover o direito à moradia e, nesses casos, a CEF exerce serviço de natureza privada para satisfação do interesse público. Precedente desta E. Corte: AC 00000738120134036115, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, 1ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 04/02/2016.

V - Preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2096786 - 0010153-03.2014.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 12/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2016);

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO LEGAL. USUCAPIÃO ESPECIAL. IMÓVEL URBANO FINANCIADO PELO SFH E COM GARANTIA HIPOTECÁRIA. ARTIGO 183, § 3º, DA CRFB. MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA. RECURSO IMPROVIDO.

1- Os princípios da fungibilidade recursal e da economia processual autorizam o recebimento dos embargos de declaração como agravo legal. Precedentes do STJ: EDcl na Rcl 17.441, DJE 02/06/2014; EDcl no AREsp 416226, DJE 27/05/2014; EDcl no AREsp 290901, DJE 27/05/2014.

2- Trata-se de imóvel hipotecado em contrato de financiamento pelo SFH, o qual foi adjudicado pela CEF em processo de execução. A parte autora pretende a declaração de propriedade na forma originária - usucapião especial -, o qual vem previsto no art. 183 da CRFB.

3- É verdade que a CEF é uma empresa pública exploradora de atividade econômica, tendo os seus bens em tese natureza privada, contudo o caso dos autos apresenta peculiaridade que determina o tratamento do bem como se público fosse. Os imóveis financiados com recursos do SFH têm por escopo promover o direito à moradia (CF, artigo 6º, caput,). Nesses casos, a CEF exerce serviço de natureza privada para satisfação do interesse público - a título de intervenção no domínio econômico - com a finalidade de manter o equilíbrio na oferta de bens de caráter social. Neste contexto, impende reconhecer que o imóvel objeto desta ação é bem público e, como tal, insuscetível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF), o que conduz à improcedência do pedido.

4- Para a utilização do agravo previsto no CPC, art. 557, § 1º, é necessário o enfrentamento da fundamentação da decisão agravada. As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto da decisão recorrida, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nela contida.

5- Agravo legal não provido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1706744 - 0014103-78.2009.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 26/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/02/2016).

Diante do insucesso do recurso interposto é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, §11º do CPC, pelo que majoro em 1% 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.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É como voto.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5002823-06.2019.4.03.6100

Apelante: LANA LOURENCO

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/08/2022

EMENTA

APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. LIMITE ETÁRIO: 45 ANOS. DETERMINAÇÃO EXPRESSA DA LEI 13.954, DE 16/12/2019. HONORÁRIOS RECURSAIS. APELO DESPROVIDO.

I - Como decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE nº 600.885/RS, julgado conforme o rito de repercussão geral, o artigo 143, §3º, X, da Constituição Federal de 1988 confere à lei, em sentido material e formal, a definição de requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, entre os quais se destacam os limites de idade. Consequentemente, no presente caso, cabe apenas ao legislador ordinário estabelecer os parâmetros etários, de modo que qualquer estipulação nesse sentido pela Administração Pública militar acarreta violação contra o texto constitucional.

II - O artigo 5º da Lei nº 4.375/64 determina tão somente que, em tempo de paz, extingue-se a obrigação de prestar serviço militar após 45 anos de idade, in verbis: "Art. 5º. A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos". Não havia, até então, qualquer impossibilidade de exercício das atividades habituais na caserna para aqueles com mais de 45 anos de idade.

III - Com a promulgação da Lei nº 13.954, de 16/12/2019 deu-se nova redação ao artigo 27 da Lei 4.375/64 (Lei do Serviço Militar). Dessa forma, o critério de limite etário para ingresso e permanência de militares temporários nas forças armadas passa a ser expresso.

IV - Nos termos do §11 do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil, a majoração dos honorários é uma imposição na hipótese de se negar provimento ou rejeitar recurso interposto de decisão que já havia fixado honorários advocatícios sucumbenciais, respeitando-se os limites do §2º do citado artigo. Para tanto, deve-se levar em conta a atividade do advogado na fase recursal, bem como a demonstração do trabalho adicional apresentado pelo advogado.

V - Nesse sentido, majoro em 2% (dois pontos percentuais) os honorários fixados pelo MM. Juízo *a quo*.

VI - Apelação desprovida. Honorários majorados em 2% (dois pontos percentuais), com fundamento nos §§2º e 11 do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de ação ordinária ajuizada por Lana Lourenço em face da União Federal objetivando, em síntese, a concessão de provimento jurisdicional que determine à ré que se abstenha de promover seu licenciamento da Aeronáutica em razão de limitação etária.

Sentença: julgou improcedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e condenou a parte autora a pagar custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Apelação da parte autora juntada no documento id 186414677.

Com contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, nos termos dos artigos 1.012 e 1.013 do CPC

A r. sentença merece ser mantida.

Inicialmente, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE nº 600.885/RS, julgado conforme o rito de repercussão geral, o artigo 143, §3º, X, da Constituição Federal de 1988 confere à lei, em sentido material e formal, a definição de requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, entre os quais se destacam os limites de idade. Consequentemente, no presente caso, cabe apenas ao legislador ordinário estabelecer os parâmetros etários, de modo que qualquer estipulação nesse sentido pela Administração Pública militar acarreta violação contra o texto constitucional.

Para ilustrar, transcrevo a ementa do RE nº 600.885/RS:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO-RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Ex-

traordinário n. 600.885. 2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. 3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. 4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980. 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos. Após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora), negando provimento ao recurso, e o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 25.03.2010. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ayres Britto, negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, dando-lhe provimento, o julgamento foi adiado. Ausentes o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), em representação para participar de compromissos na Suprema Corte Americana, em Washington, e para proferir palestra sobre o Sistema Judiciário Brasileiro, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, e, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 10.11.2010. Decisão: Por unanimidade, o Tribunal reconheceu a exigência constitucional de lei e que os regulamentos e editais vigorarão até 31 de dezembro do corrente ano, e negou provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Plenário, 09.02.2011. (RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO null, CÁRMEN LÚCIA, STF.)”.

Posteriormente, o artigo 5º da Lei nº 4.375/64 determina tão somente que, em tempo de paz, extingue-se a obrigação de prestar serviço militar após 45 anos de idade, *in verbis*:

“Art. 5º. A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos”.

Como se verifica, não havia, até então, qualquer impossibilidade de exercício das atividades habituais na caserna para aqueles com mais de 45 anos de idade.

Ocorre que, com a promulgação da Lei nº 13.954, de 16/12/2019 deu-se nova redação ao artigo 27 da Lei 4.375/64 (Lei do Serviço Militar), *in verbis*:

“Art. 27. Os Comandantes das Forças Armadas poderão, em qualquer época do ano, autorizar a aceitação para o serviço militar temporário de voluntários, reservistas ou não.

§ 1º Os voluntários inscritos serão submetidos a processo seletivo simplificado para incorporação no serviço ativo como oficial subalterno ou praça temporário, observados os seguintes requisitos:

I - a idade máxima para o ingresso será de 40 (quarenta) anos; e

II - a idade-limite para permanência será de 45 (quarenta e cinco) anos.

(...)

§ 3º O serviço temporário terá o prazo determinado de 12 (doze) meses, prorrogável a critério da Administração Militar, e não poderá ultrapassar 96 (noventa e seis) meses, contínuos ou não, como militar, em qualquer Força Armada."

Não vislumbro inconstitucionalidade no limite fixado pela lei, uma vez que ainda que exerça atividades administrativas, os integrantes das Forças Armadas devem atender a critérios biológicos em razão das atividades a que podem vir a exercer, sendo razoável a idade de 45 anos para militares temporários, o que também permite que a administração pública faça os ajustes necessários em seu quadro.

Dessa forma, o critério de limite etário para ingresso e permanência de militares temporários nas forças armadas passa a ser expresso, razão pela qual merece ser mantida a r. sentença.

Por fim, nos termos do §11 do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil, a majoração dos honorários é uma imposição na hipótese de se negar provimento ou rejeitar recurso interposto de decisão que já havia fixado honorários advocatícios sucumbenciais, respeitando-se os limites do §2º do citado artigo.

Para tanto, deve-se levar em conta a atividade do advogado na fase recursal, bem como a demonstração do trabalho adicional apresentado pelo advogado. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. SÚMULA ADMINISTRATIVA 7/STJ. MAJORAÇÃO NA FASE RECURSAL. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DOS §§ 3º E 11 DO ART. 85 DO CPC/2015.

1. A parte embargante alega que o acórdão recorrido é omisso com relação à majoração dos honorários advocatícios prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015.

2. Segundo o § 11 do art. 85 do CPC/2015: "O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento".

3. De acordo com a Súmula Administrativa 7/STJ, "somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC".

4. No caso específico do autos, trata-se de processo eletrônico no qual se constata que a publicação da decisão de origem ocorreu depois de 18.3.2016 e onde houve a condenação em honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

5. Para majoração dos honorários, o art. 85, §11, do CPC/2015 expressamente exige a valoração da atividade do advogado na fase recursal. Mais que isso, o CPC exige que seja demonstrado qual o trabalho adicional apresentado pelo advogado.

6. Por conseguinte e diante das circunstâncias do caso, majoro em 1% os honorários fixados anteriormente, considerando que a atuação recursal da parte embargante consistiu unicamente na apresentação de contrarrazões.

7. Ressalto que os §§ 3º e 11 do art. 85 do CPC/2015 estabelecem teto de pagamento de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública for sucumbente, o que deve ser observado sempre que a verba sucumbencial é majorada na fase recursal, como no presente caso.

8. Majoração da verba sucumbencial deve se ater, por ocasião da liquidação de sentença, aos limites previstos nos §§ 3º e 11 do art. 85 do CPC/2015.

9. Embargos de Declaração acolhidos.” (EDcl no REsp 1660104 / SC EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL, Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento:19/09/2017, Data da Publicação/ Fonte DJe 09/10/2017)

Sobre o tema cabe também destacar manifestação do C. STJ:

[...] 3. O § 11 do art. 85 Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes. (AgInt no AREsp 370.579/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 30/06/2016)

Nesse contexto, entendo que os honorários fixados pelo MM. Juízo a quo devem ser majorados em 2% (dois pontos percentuais).

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação e majoro em 2% (dois pontos percentuais) os honorários fixados pelo MM. Juízo a quo, com fundamento nos §§2º e 11 do artigo 85 do Novo Código de Processo Civil, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5002436-18.2020.4.03.6112

Apelante: VIVIANE FERREIRA LIMA
 Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, CAIXA VIDA E PREVIDÊNCIA S/A
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/08/2022

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA VGBL. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. VEDAÇÃO À PRÁTICAS ABUSIVAS. PERÍODO DE CARÊNCIA. MORTE NATURAL. CLÁUSULA LIMITATIVA DE DIREITO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA REDIGIDA FORA DAS DIRETRIZES PREVISITAS PELOS §§ 3º e 4º DO ART. 54 DO CDC. REFORMA DA SENTENÇA. APELO PROVIDO.

1. A matéria devolvida a este Tribunal diz respeito com a pretensão de indenização securitária devida a autora, como beneficiária do seguro de vida contratado pelo de cujus e com a validade da cláusula contratual responsável pela estipulação de período de carência de 18 (dezoito meses), na hipótese de ocorrência de morte não acidental do segurado.
2. O Colendo Superior Tribunal de Justiça colocou uma pá de cal sobre a questão da aplicabilidade dos dispositivos do código do consumerista aos contratos bancários e de financiamento em geral com edição da Súmula 297: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".
3. O Código de defesa do consumidor, visando equilibrar a relação de modo a garantir às partes melhores condições para o exercício da autonomia da vontade, especialmente no que tange à celebração de contratos de adesão, como na hipótese dos autos, prevê mecanismos de proteção e de interpretação das cláusulas contratuais, considerando nulas de pleno direito, aquelas que contenham redação obscura, duvidosa, ambígua, leonina, vexatória e abusiva.
4. A estipulação de prazo de carência de 180 meses para cobertura do sinistro de morte natural, coloca o consumidor em desvantagem exagerada e, portanto, se mostra incompatível com os princípios da boa-fé objetiva e da equidade, em clara afronta aos preceitos dispostos no artigo 51, IV e § 1º, II e III, do CDC, notadamente se levarmos em consideração que se trata de contrato de adesão, com cláusulas previamente estabelecidas pela seguradora.
5. Não há como estabelecer uma relação de certeza entre os eventos de morte acidental e de morte natural, de modo a fixar prazos distintos para cada uma delas, quando que o objetivo da contratação do seguro de vida é, justamente resguardar os beneficiários do contrato de tal infortúnio, independentemente de sua natureza.

6. A carência tal como imposta, na hipótese de morte natural, se releva verdadeiro limitador dos direitos da parte autora, beneficiária do pecúlio em questão, na medida em que restringe a eficácia imediata da cobertura do risco contratado.

7. Deve ser sopesado o cumprimento restrito e objetivo do dispositivo de lei, com os direitos envolvidos dos beneficiários, tais como direito à dignidade da pessoa humana, à proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços, o que permite a interpretação da norma em referência, em consonância com a presunção de boa-fé do segurado.

8. Pela prova carreada nos autos, inexistindo nos autos prova de doença pré-existente ou qualquer outra circunstância que justificasse a exigência de carência, entendo que não restou suficientemente demonstrado pela parte Ré, ter havido a premeditação do de cujos quanto à contratação do VGBL, ainda que não tenha transcorrido o prazo de 180 meses entre os acontecimentos (assinatura do contrato e falecimento do Contratante),

9. As requeridas não se desincumbiram, ainda, do ônus de demonstrar a inequívoca ciência do beneficiário acerca dos termos do regulamento do VGBLA e, por consequência do próprio prazo de carência, já que não restou consignado nos autos cópia assinada do contrato.

10. Resta configurada a falta de validade da cláusula em questão, por não ter sido devidamente redigida em termo separado ou com destaque, par a perfeita ciência da parte interessada, não atendendo às exigências previstas no §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC de modo a ensejar a responsabilidade das requeridas ao pagamento do pecúlio.

11. Recurso de apelação a que se dá provimento, para reformar em parte a sentença e julgar totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando as Rés ao pagamento em favor da requerente do benefício de pecúlio contratado, devidamente atualizados na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com incidência de juros de 0,5% ao mês a contar da citação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após a apresentação do voto-vista pelo senhor Desembargador Federal Valdeci dos Santos, a Primeira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação para reformar em parte a sentença e julgar totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando as Rés ao pagamento em favor da requerente do benefício de pecúlio contratado, devidamente atualizados na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com incidência de juros de 0,5% ao mês a contar da citação e, por força da sucumbência, condenou as Requeridas ao pagamento das custas e honorários advocatícios que fixo do percentual de 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se do julgamento do recurso de apelação interposto por VIVIANE FERREIRA LIMA em face da sentença proferida nos autos da presente ação indenizatória, que julgou improcedente o pagamento de pecúlio, em relação à CEF e à CEF Vida e Previdência e, em relação ao pedido de devolução do saldo disponível, julgo procedente o pedido para fins de condenar a ré CEF Vida e Previdência e a ré CEF a devolverem os valores que estão sob a custódia da primeira (RS 418,39, na data de 09/11/2020), devidamente atualizados na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com incidência de juros de 0,5% ao mês a contar da citação.

Condenação da autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa (no total), nos termos do §2º do artigo 85 do Código de Processo Civil (sendo metade deste valor em benefício de cada um dos réus), suspensa a exigibilidade da cobrança, pelo prazo de 5 (cinco) anos, na forma do §3º, do artigo 98 do Código de Processo Civil.

A autora sustenta em suas razões recursais que (i) o contratante falecido não recebeu nenhuma cópia do contrato quando da aquisição do plano VGBL com seguro de vida e não foi informado acerca da citada carência, inexistindo qualquer comprovante com assinatura do cliente sobre ciência de todos os termos do contrato. (ii) o fato ora narrado, se amolda perfeitamente ao quanto disposto no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor; (iii) os contratos de seguro devem seguir a boa fé e a equidade e não podem colocar os consumidores em desvantagem, o que não se observou no contrato elaborado pela Apelada. (ID. Núm. 160841289)

Com contrarrazões da CAIXA VIDA E PREVIDÊNCIA S.A (ID. Num. 160841293 - Pág. 1/8) e da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CAIXA (Num. 160841295 - Pág. 1/8), os autos subiram a esta Eg. Corte e vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

A matéria devolvida a este Tribunal diz respeito com a pretensão de indenização securitária devida a autora, como beneficiária do seguro de vida contratado pelo de cujus, no valor de R\$ 109.843,03 (cento e nove mil, oitocentos e quarenta e três reais e três centavos) e com a validade da cláusula contratual responsável pela estipulação de período de carência de 18 (dezoito meses), na hipótese de ocorrência de morte não acidental do segurado.

Depreende-se dos autos que o produto adquirido pelo beneficiário falecido – Vida Gerador de Benefícios Livres, ou VGBL -, possuía duas coberturas:

1) Cobertura por sobrevivência, renda mensal vitalícia (previdência privada) na modalidade VGBL e

2) Cobertura de Proteção Pecúlio, sem prazo definido, no valor de R\$ 109.843,03 (Cento e nove mil, oitocentos e quarenta e três reais e três centavos);

O Contrato teria sido formalizado em 19/02/2019, sendo que 19/09/2019 o beneficiário ANDRE SILVA YOYO, veio a falecer, tendo como causa mortis “pancreatite necrotizante”, assim, caracterizada como morte natural.

O pedido de indenização a título de pecúlio, foi indeferido pela seguradora Ré, por motivo de carência, considerando que o óbito do titular do plano aconteceu dentro do período de carência de 18 (dezoito) meses, estabelecido no artigo 35, § 4º do regulamento do plano, in verbis:

Art. 35 § 4º. Será adotado um período de carência de 18 (dezoito) meses durante o qual o(s) beneficiário(s) não terá(ão) direito ao pagamento do capital segurado em decorrência do evento gerador, período esse que será contado a partir do início de vigência da cobertura de risco, ou da majoração ou da inclusão solicitada pelo segurado.

Pois bem.

Cumprе consignar inicialmente a aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça colocou uma pá de cal sobre a questão da aplicabilidade dos dispositivos do código do consumerista aos contratos bancários e de financiamento em geral com edição da Súmula 297: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

No mesmo sentido, o STF firmou entendimento no julgamento da ADIn 2.591/DF, todavia, excetuou da abrangência do CDC "a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia".

EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.

5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na

economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO.

7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.

8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA.

9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro.

10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional.

11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

(ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481).

Na hipótese dos autos, estamos diante da celebração de um contrato de adesão, no qual cláusulas contratuais são impostas de maneira eminentemente unilateral, capaz de ensejar forte desequilíbrio entre as partes.

O Código de defesa do consumidor, visando equilibrar a relação de modo a garantir às partes melhores condições para o exercício da autonomia da vontade, prevê mecanismos de proteção e de interpretação das cláusulas contratuais, considerando nulas de pleno direito, aquelas que contenham redação obscura, duvidosa, ambígua, leonina, vexatória e abusiva.

Acerca do contrato de adesão, Cláudia Lima Marques (In Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ª ed. São Paulo. RT, 2006) ensina que:

“O contrato de adesão é oferecido ao público e um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa par adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato”.

Mais especificamente no que diz respeito aos contratados de seguro, ensina Bruno Miragem que “a importância da interpretação contratual faz-se notar

especialmente em relação à determinação do conteúdo e extensão da garantia, bem como às hipóteses de limitação e exclusão da mesma.”. (MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do Consumidor. Revista Direito do Consumidor. Ed. Revista dos Tribunais. V. 76, outubro/dezembro, 2010.p. 271).

Diante de tais considerações, entendo que a estipulação de prazo de carência de 180 meses para cobertura do sinistro de morte natural, coloca o consumidor em desvantagem exagerada e, portanto, se mostra incompatível com os princípios da boa-fé objetiva e da equidade.

Ora, não há como estabelecer uma relação de certeza entre os eventos de morte acidental e de morte natural, de modo a fixar prazos distintos para cada uma delas, quando que o objetivo da contratação do seguro de vida é, justamente resguardar os beneficiários do contrato de tal infortúnio, independentemente de sua natureza.

Desta forma, a carência tal como imposta, na hipótese de morte natural, se releva verdadeiro limitador dos direitos da parte autora, beneficiária do pecúlio em questão, na medida em que restringe a eficácia imediata da cobertura do risco contratado.

A meu ver, deve ser sopesado o cumprimento restrito e objetivo do dispositivo de lei, com os direitos envolvidos dos beneficiários, tais como direito à dignidade da pessoa humana, à proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços, o que permite a interpretação da norma em referência, em consonância com a presunção de boa-fé do segurado.

Nesse sentido já decidiu o C. STJ, ao relativizar as disposições 798 do Código Civil de 2002, que estabeleceu novo critério, de índole temporal e objetiva, para a hipótese de suicídio do segurado no contrato de seguro de vida, e reconhecer que *“somente se afasta o direito ao pagamento da indenização ao estipulado/beneficiário na hipótese de premeditação, cuja prova incumbe àquele que pretende ver afastado tal direito (por tratar-se de fato impeditivo do direito do autor)”* (AGARESP 201101270728, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:25/10/2011).

Com efeito, e seguindo a orientação de referido precedente, que se aplica aos autos por analogia, pela prova carreada nos autos, inexistindo nos autos prova de doença pré-existente ou qualquer outra circunstância que justificasse a exigência de carência, entendo que não restou suficientemente demonstrado pela parte Ré, ter havido a premeditação do *de cujos* quanto à contratação do VGBL, ainda que não tenha transcorrido o prazo de 180 meses entre os acontecimentos (assinatura do contrato e falecimento do Contratante).

Esta Eg. Turma, inclusive, em situações análogas ao caso já se posicionou no sentido de que, deve ser presumida, até prova em contrário, a boa-fé do mutuário na celebração do contrato, *verbis*:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. SFH. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. COBERTURA SECURITÁRIA. QUITAÇÃO DO CONTRATO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DOENÇA PREEXISTENTE NÃO CONFIGURADA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE.

1. A CEF é parte legítima para figurar no polo passivo das demandas envolvendo quitação de mútuo vinculado ao SFH pela cobertura securitária por sinistro de invalidez permanente ou óbito, na medida em que é a entidade responsável pela cobrança e atualização dos prêmios do seguro habitacional, bem como seu repasse à seguradora, com quem mantém vínculo obrigacional.

2. Caso em que houve a produção de perícia médica no âmbito dos Juizados Especiais Federais que constatou a incapacidade do autor e sentença de procedência do pedido de aposentadoria por invalidez de Clóvis Lopes de Araújo

em 19/10/2010. A concessão de aposentadoria por invalidez foi comunicada em 30/10/10, o aviso de sinistro foi realizado em 30/11/10, o termo de negativa de cobertura foi emitido em 15/06/12 e a ação, ajuizada em 11/10/12.

3. Alega-se que "as disposições contratuais relativas ao seguro habitacional são claríssimas, a doença preexistente é causa excludente de cobertura securitária e independe da realização de qualquer exame médico e o fato do segurado levar uma vida normal não afasta a preexistência da doença".

4. O STJ e este Tribunal já decidiram que "a seguradora não pode alegar doença preexistente a fim de negar cobertura securitária, nos casos em que recebeu pagamento de prêmios e concretizou o seguro sem exigir exames prévios". Precedentes.

5. Somente a demonstração inequívoca de má-fé do mutuário, que contrata o financiamento ciente da moléstia incapacitante com o fito de obter precocemente a quitação do contrato, poderia afastar o entendimento jurisprudencial consagrado.

6. Os documentos carreados aos autos não lograram demonstrar a má-fé da seguradora pela omissão de doença preexistente, nem tampouco a exigência de exames prévios por parte da apelada.

7. Reintegração da CEF, de ofício, à relação processual. Apelação provida para reformar a sentença e julgar procedente o pedido para declarar o direito do autor à cobertura securitária contratada, com a quitação de 39,96% de eventual saldo devedor, correspondente à cota-parte da renda do autor Clóvis Lopes de Araújo declarada no contrato para fins de indenização securitária desde a data do requerimento administrativo (05/09/2011). (ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2110312 / SP 0002515-76.2012.4.03.6140, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/06/2019)

Desta forma, tenho que, a estipulação de cláusula de carência, configura evidente vantagem exagerada em favor da seguradora, em detrimento do segurado/consumidor, em clara afronta aos preceitos dispostos no artigo 51, IV e § 1º, II e III, do CDC, notadamente se levarmos em consideração que se trata de contrato de adesão, com cláusulas previamente estabelecidas pela seguradora.

Cumpre ressaltar, ainda, que de acordo com o as disposições previstas no art. 18, § 2º do CDC, também aplicável à hipótese, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Ocorre que, as requeridas não se desincumbiram do ônus de demonstrar a inequívoca ciência do beneficiário acerca dos termos do regulamento do VGBLA e, por consequência do próprio prazo de carência, já que não restou consignado nos autos cópia assinada do contrato.

Depreende-se, ainda, da proposta de contratação apresentada pela Caixa Seguradora, que a redação da cláusula restritiva não atende as exigências previstas no §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC, no que diz respeito à utilização de termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

Em assim sendo, resta configurada a falta de validade da cláusula em questão, por não ter sido devidamente redigida em termo separado ou com destaque, para a perfeita ciência da parte interessada, de modo a ensejar a responsabilidade das requeridas ao pagamento do pecúlio. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Eg Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

PREVIDÊNCIA PRIVADA - Plano de pecúlio por morte - Recusa no pagamento da indenização, pois o falecimento ocorreu dentro do período de carência de 24 meses, previsto no Regulamento do Plano - Falta de prova da ciência da participante a respeito dos termos do Regulamento, o qual não foi subscrito por ela - Ineficácia da cláusula em relação à proposta - Recurso do réu improvido - "É ineficaz, no contrato de adesão, cláusula inserida em documento que - embora registrado em cartório - não foi exibido ao consumidor, no momento da adesão" (REsp 897.148 - rei MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 12.2.2008). (TJSP; Apelação Cível 0188066-86.2008.8.26.0000; Relator (a): Luis Ganzerla; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível - 19.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 22/02/2010; Data de Registro: 19/03/2010)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso de apelação para reformar em parte a sentença e julgar totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando as Rés ao pagamento em favor da requerente do benefício de pecúlio contratado, devidamente atualizados na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com incidência de juros de 0,5% ao mês a contar da citação.

Por força da sucumbência, condeno as Requeridas ao pagamento das custas e honorários advocatícios que fixo do percentual de 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Mantida a sentença no demais, especialmente no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da CEF.

É como voto.

VOTO-VISTA

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS: Trata-se de recurso de apelação interposto por Viviane Ferreira Lima contra a r. sentença que, em rede de ação ordinária com pedido de indenização por danos materiais, julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Sustenta a apelante, em síntese, a abusividade de cláusula que impõe carência em contrato de plano de previdência privada VGBL na hipótese de morte natural do segurado. Pugna pela condenação do polo passivo no pagamento da indenização securitária prevista no contrato.

Após o voto do relator Desembargador Wilson Zauhy, vieram-me os autos com vista para melhor compreensão e análise dos fatos. Aguarda para votar o Desembargador Federal Hélio Nogueira.

Pois bem.

Sobre a legitimidade *ad causam* enquanto condição da ação, Humberto Theodoro Júnior ensina:

para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, partes legítimas, pois, se tal não ocorrer, o processo se extinguirá sem resolução do mérito (art. 267, VI). [...] A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão. (*Curso de*

Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 77-78.)

Neste contexto, assevero que as condições da ação são aferidas conforme a teoria da asserção, ou seja, tão somente a partir do que foi narrado na petição inicial.

Com efeito, tudo que exige cotejo probatório pertence ao mérito, pois, na análise das condições da ação, *"se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão"* (Direito e Processo, São Paulo: RT, 1995, p. 78)." (BEDAQUE, José Roberto Santos, *apud* REsp 1157383/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 17/08/2012).

Assim, no presente caso, com base na narração dos fatos exposta pela parte autora, ou seja, a imputação de uma conduta à parte contrária, as rés são partes legítimas para figurarem no polo passivo da lide. A responsabilidade é questão que corresponde ao mérito da causa, e com ele deve ser analisada.

Nesse sentido, é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO DEMONSTRADA. - A ofensa à literalidade da lei confunde-se com o próprio mérito da rescisória. Havendo ofensa à literalidade da lei, o juízo é de procedência, e não de carência da ação. - Apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos devem ser constatados *in status assertionis*, isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial, não estando demonstrados na hipótese. Recurso Especial não conhecido. (REsp 818.603/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 03/09/2008)

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. COBERTURA DO FCVS. LEGITIMIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO N. 8/08 DO STJ, QUE TRATAM DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. 1. A legitimidade da parte e, consequentemente, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação (na forma do artigo 109 da Constituição Federal) define-se à luz da narrativa formulada pelo autor, de acordo com os fatos alegadamente constitutivos do seu direito, não do resultado da demanda (teoria da asserção), razão pela qual é desnecessário o reexame de fatos e provas para a definição do juízo competente na hipótese. 2. Nesse contexto, a Primeira Seção do STJ sedimentou o entendimento de que a Caixa Econômica Federal - CEF deve figurar no polo passivo das ações em que se discute contratos de mútuo submetidos à cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS e que a competência para o processamento e julgamento dessas ações é da justiça federal. Se a cobertura efetivamente ocorrerá, isso diz respeito ao mérito da causa, o qual será apreciado após a instrução: REsp 1133769/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa no percentual de 5% (cinco por cento) do valor da causa, com espeque no artigo 557, § 2º, do CPC. (AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012)

Neste mesmo sentido, já decidi esta E. Corte Federal:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PROTESTO DE DUPLICATA MERCANTIL RECEBIDA POR ENDOSSO-MANDATO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE PROMOVEU O PROTESTO. TEORIA DA ASSERÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. I.A Jurisprudência fixou o entendimento de que o ordenamento jurídico acolheu, para fins de legitimidade passiva, a teoria da asserção, segundo a qual é parte legítima para o processo, em princípio, aquele que o autor indicar como tal, devendo esta premissa ser afastada apenas nos casos em que esta indicação transbordar os limites da razoabilidade e proporcionalidade. II.Apelação provida. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1715822 - 0001087-19.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 10/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/04/2018)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SFH. SINISTRO DE MORTE. QUITAÇÃO POR COBERTURA SECURITÁRIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS APÓS A MORTE DO SEGURADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. RECURSO PROVIDO. 1. Considerando a matéria em discussão no caso concreto, não há que se falar na ausência de interesse processual da agravante em relação à agravada, eis que a parte autora não tem o seu exercício do direito de ação condicionado à prévia discussão administrativa no que tange à devolução das parcelas de contrato de mútuo que entende terem sido indevidamente pagas, ainda que condicionada a uma questão prejudicial relativa ao efetivo direito à cobertura securitária. 2. Quanto à cobertura securitária em contrato de mútuo habitacional vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, tem-se que eventual interesse da CEF na lide é pautado pela natureza da apólice contratada. Assim, na qualidade de gestora do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, o interesse da CEF em ações que versem sobre cobertura securitária no âmbito do SFH apenas estará configurado se a apólice de seguro habitacional pertencer ao "ramo 66", de natureza pública, o que não é o caso dos autos. 3. Todavia, na hipótese, verifica-se que a ação promovida pelo autor não tem por objeto unicamente a cobertura securitária, decorrente de doença grave que acomete o agravante, a qual daria ensejo à quitação do contrato. Com efeito, há também pedido de devolução de valores pagos indevidamente a partir de 17/05/2013, em face da CEF. 4. Se o autor apenas pretendesse a cobertura securitária, de fato, somente a CAIXA SEGURADORA S/A teria legitimidade para figurar no polo passivo, sendo da Justiça Comum Estadual a competência para julgamento da ação, mas, em razão dos outros pedidos, tenho que, levando-se em consideração a teoria da asserção, a CEF tem legitimidade para integrar o polo passivo da demanda. 5. Agravo provido. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 537701 - 0019796-64.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 02/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/05/2017)

PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE. TEORIA DA ASSERÇÃO. Caso concreto em que a peça inicial não descreve a conduta omissiva da SUSEP que, outrossim, não se faz corresponsável pelo simples exercício de seu poder regulamentar, policial e sancionatório sobre as atividades financeiras. Apelação a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1869346 - 0013127-09.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 19/02/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/02/2019)

Os serviços prestados pelas instituições financeiras estão submetidos ao crivo das normas da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). A instituição bancária caracteriza-se como fornecedora, a teor do parágrafo 2º do artigo 3º do CDC, que relaciona expressamente entre as atividades consideradas como serviço aquelas de natureza bancária, financeira e creditícia.

O artigo 6º, VIII, do CDC arrola, entre os direitos básicos do consumidor, a inversão do ônus da prova, a seu favor no processo civil. Trata o dispositivo em análise de direito processual assegurado aos consumidores que se fará possível quando presentes duas hipóteses, cumpre ressaltar, não cumulativas, a saber: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. Hipossuficiente para os fins ora propostos é aquele que, ao menos na teoria, não reúne condições adequadas para litigar em igualdade dentro de uma relação jurídico-processual.

Consoante entendimento da melhor doutrina e precedentes jurisprudenciais do E. Superior Tribunal de Justiça, não há como se negar a aplicação das regras protetivas do CDC à atividade bancária e suas operações. É dizer, uma vez reconhecida a relação de consumo entre as partes, cabível a determinação de inversão do ônus da prova, consoante reza o artigo 6º, VIII, do CDC.

Por sua vez, o artigo 14 do CDC dispõe sobre a responsabilidade do fornecedor de serviços que responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, *bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*. De igual modo, a vítima do evento provocado pelo fornecedor (p. e. a falha na prestação do serviço) também é equiparada à condição de consumidor (art. 17, CDC).

Outrossim, sobre o mérito da causa, a posição consolidada do E. STJ é no sentido de que devem responder solidariamente pelos prejuízos causados todos aqueles integrem a mesma cadeia de fornecimento, que tenha o consumidor como destinatário final (arts. 2º e 3º do CDC), o que, neste caso, portanto, inclui a imobiliária ré. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL OBJETO DE COMPRA E VENDA. CORRETORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVOLVIMENTO DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL. 1. Ação de indenização por danos materiais. 2. *A atual jurisprudência do STJ define que os integrantes da cadeia de consumo respondem solidariamente pelos danos causados ao consumidor*. 3. Ainda que assim não fosse, observa-se que o Tribunal de origem, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, reconheceu a legitimidade da agravante para figurar no polo passivo da demanda, atestando, ainda, a sua solidariedade para responder pelos danos causados ao adquirente do imóvel pelo injustificado atraso na entrega da obra. A reforma de tal entendimento, com a desconstituição de suas premissas, encontra óbice no enunciado das Súmulas nº 5 e 7, ambas do STJ. 4. A intervenção deste Superior Tribunal, para alterar os valores estabelecidos pelas instâncias ordinárias, a título de honorários advocatícios (na hipótese, 20% sobre o valor da condenação), revela-se, em princípio, inviável em razão do óbice disposto na Súmula 7/STJ, o qual somente poderia

ser relevado se o aludido valor fosse considerado irrisório ou exorbitante, o que não é o caso, porquanto fixado dentro do percentual permitido no então vigente artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973. 5. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EDcl no REsp 1815033/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2019, DJe 05/12/2019) (g. n.)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO NA ENTREGA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, LUCROS CESSANTES E REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS E REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. *O entendimento desta Corte Superior é de que os integrantes da cadeia de consumo respondem solidariamente pelos danos causados ao consumidor.* 2. No caso, a revisão da conclusão do acórdão recorrido, no sentido de que a corretora, ora recorrente, atuou como parceira comercial, não prescindiria da interpretação de cláusulas contratuais, bem como do reexame de provas, o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7 deste Tribunal. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EDcl no AREsp 1243517/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018) (g. n.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COBRANÇAS INDEVIDAS NA FATURA DE CARTÃO DE CRÉDITO. *SOLIDARIEDADE* DA "BANDEIRA/MARCA" DA ADMINISTRADORA DO CARTÃO DE CRÉDITO. *CADEIA DE CONSUMO*. SÚMULA 83/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL E REPETIÇÃO DOBRADA. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. PETIÇÃO DE TUTELA PROVISÓRIA PREJUDICADA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE RECURSAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt nos EDcl no AREsp 1352276/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 27/03/2019) (g. n.)

De igual modo, já decidiu esta E. Primeira Turma:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. SOLIDARIEDADE. CADEIA DE CONSUMO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO. VALOR ADEQUADO. HONORÁRIOS. ART. 20, §3º DO CPC/73. RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. *Conforme dispõem os arts. 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, são solidariamente responsáveis todos os que tenham intervindo de alguma forma na relação de consumo, e participado, direta ou indiretamente, para ocorrência do dano, independentemente de culpa.* Precedente STJ. 2. Ainda que a instituição financeira tenha se equivocado no recebimento do pagamento, a empresa participou diretamente para que o autor fosse negativado sem merecer. Portanto, deve ser condenada solidariamente junto as demais corréis. 3. A simples inscrição do nome do consumidor em cadastro de proteção ao crédito indevidamente basta para configurar dano à sua esfera moral (in re ipsa). Precedentes STJ. 4. A jurisprudência dá os parâmetros necessários à correta fixação da indenização por danos morais, a fim de que seja arbitrada segundo o critério da razoabilidade e do não enriquecimento despropositado, com a valoração do interesse jurídico ofendido e, num segundo

momento, individualizando-o de acordo com as peculiaridades do caso concreto. (REsp 1473393/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 23/11/2016) 5. Considerando os indicadores supramencionados e as particularidades do caso em apreço, sobretudo o valor da dívida (R\$ 320,86), adequado o valor de R\$ 3.208,60 (três mil duzentos e oito reais e sessenta centavos) a título de indenização por danos morais, quantia que atende aos padrões adotados pela jurisprudência e presta-se a recompor os danos imateriais causados. 6. A sentença fixou o valor dos honorários em consonância com os critérios enumerados no art. 20, §3º, do CPC/73. Na hipótese, apesar do zelo demonstrado pelo patrono, a causa não justifica a fixação de honorários no grau máximo, porquanto de baixa complexidade. 7. Apelações não providas. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1674676 - 0001450-05.2008.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 24/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2018) (g. n.)

Como consequência, se um ou mais sujeitos integrantes da cadeia de fornecimento suportar a condenação em decorrência da solidariedade entre fornecedores, perfeitamente possível que se exija o ressarcimento dos demais, nos limites de suas responsabilidades, mas em regresso (inteligência dos arts. 283 e 285 do Código Civil), a fim de garantir a facilitação de defesa do consumidor - um de seus direitos básicos (art. 6º, VIII, CDC).

No caso dos autos, além do que já restou bem fundamentado pelo e. Relator no tocante à abusividade da cláusula de carência, é importante destacar que os documentos juntados pelas rés não estão nem sequer devidamente assinados pelo proponente/segurado (ID 160841213). Assim, caso não fossem nulas, não há nem ao menos como presumir que o consumidor tomou conhecimento das cláusulas limitadoras do exercício de seus direitos, que estariam supostamente disponíveis em sítio eletrônico na rede mundial de computadores (art. 46 do CDC).

Ante a controvérsia quanto à assinatura do contrato objeto da lide, incumbia às fornecedoras a prova de que o consumidor anuiu com os termos, seja através de sua grafia, ou até mesmo por meios tecnológicos, como por exemplo gravação de áudio, vídeo e/ou outra ferramenta semelhante que pudesse demonstrar a ciência e a compreensão inequívocas do segurado.

As rés, podendo apresentar elementos de prova elucidativos da presente controvérsia nos termos acima e tendo a oportunidade para tanto, não o fizeram, não sendo o caso, pois, de cerceamento de defesa:

PROCESSUAL CIVIL - PROVA - MOMENTO DE P.RODUÇÃO - AUTOR - PETIÇÃO INICIAL E ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS - PRECLUSÃO.- O requerimento de provas divide-se em duas fases: na primeira, vale o protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, Art. 282, VI); na segunda, após a eventual contestação, o Juiz chama à especificação das provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, Art. 324). - O silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial. (REsp 329.034/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 263).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INTIMAÇÃO PARA PRODUÇÃO DE PROVAS. INÉRCIA DAS PARTES. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. O requerimento de provas divide-se em duas fases: (i) protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, art. 282, VI); (ii) após eventual contestação, quando intimada a parte para a especificação das provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, art. 324). 2. Não obstante o requerimento tenha-se dado por ocasião da petição inicial ou da contestação, entende-se precluso o direito à prova, na hipótese de a parte omitir-se quando intimada para sua especificação. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa. (AgRg nos EDcl no REsp 1176094/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 15/06/2012).

PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVAS. INTIMAÇÃO PARA ESPECIFICAÇÃO DAS PROVAS A SEREM PRODUZIDAS. INÉRCIA DA PARTE. PRECLUSÃO CARACTERIZADA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O requerimento de produção de provas divide-se em dois momentos. O primeiro consiste em protesto genérico na petição inicial, e o segundo, após eventual contestação, quando intimada a parte para a especificação das provas. 2. Intimada a parte para especificação das provas a serem produzidas e ausente a sua manifestação, resta precluso o direito à prova, mesmo que haja tal pedido na inicial. Precedentes. 3. Não se configura cerceamento de defesa a hipótese em que a parte autora, após a contestação, foi intimada para especificação das provas, contudo, manteve-se silente, o que resulta em preclusão, mesmo que tenha havido pedido na inicial. Precedentes. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1376551/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 28/06/2013).

Diante do exposto, acompanho o e. Relator.
É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5005472-37.2021.4.03.0000

Agravantes: JESSICA CAROLINA MONTOYA DE SEGOVIA, GABRIEL ENRIQUE GONZALEZ ROBLES, E. J. G. M., T. G. G. M.

Agravada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/08/2022

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE RESIDÊNCIA. PORTARIA 652/2021. AFASTAR A PENALIDADE DE "DEPORTAÇÃO IMEDIATA".

1. Os agravantes, nacionais da Venezuela, ingressaram em território nacional pela via terrestre no ano de 2020, por meio de Corumbá, no Estado do Mato Grosso do Sul, sendo o núcleo familiar formado por quatro pessoas (seu marido e 2 filhos).

2. Aduzem que quando buscaram a regularização perante a Polícia Federal, passaram a ser vítimas de grave violação de direitos humanos por parte do Estado Brasileiro, diante da impossibilidade de solicitarem refúgio ou outra forma de regularização migratória. Cada membro da família recebeu um termo de notificação em 25.11.2020, por sua entrada supostamente indevida no país.

3. Tal situação decorre do impedimento imposto pela União por meio da Portaria Interministerial nº 652 de 25/01/2021, aplicada pelas autoridades migratórias, que impossibilita o requerimento de refúgio pelo grupo e, ainda, os deixa à mercê do alto risco de serem sumariamente deportados.

4. A Portaria Interministerial nº 652 dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e estabelece que o seu descumprimento implica para o agente infrator à: *I - responsabilização civil, administrativa e penal; II - repatriação ou deportação imediata; e III - inabilitação de pedido de refúgio.*

5. A Portaria Interministerial nº 652/21 extrapola o poder regulamentar, estando em total desacordo com a legislação aplicável ao prever sanções em seu artigo 8º como a responsabilização, a repatriação ou deportação imediatas e a inabilitação do pedido de refúgio.

6. Denota-se, ainda, que as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19, tratadas na Lei nº 13.979/2020, nada dispôs acerca da solicitação de refúgio, inexistindo hipótese de sanção a não nacionais que ingressem no país sem regularização migratória.

7. Por fim, impende consignar que a Lei nº 9.474/1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, dispõe que a irregularidade do ingresso de estrangeiro no território nacional não pode constituir óbice à solicitação de refúgio.

8. Agravo de instrumento provido para que a Agravada receba e processe o requerimento do Agravante para a solicitação do reconhecimento da condição de pessoa refugiada ou para autorização de residência pelas formas cabíveis.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e a Des. Fed. MARLI FERREIRA. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MÔNICA NOBRE, por motivo de férias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Jessica Carolina Montoya de Segovia e outro, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que em sede de mandado de segurança indeferiu o pedido de tutela de urgência, objetivando suposto direito dos autores, ora agravantes, a formularem requerimento de autorização de residência pelas formas cabíveis, e especialmente de solicitação do reconhecimento da condição de pessoas refugiadas, mediante abstenção de aplicação da dita “deportação imediata” prevista pela Portaria Interministerial nº 652/2021 ou qualquer outra que a venha a suceder, assim como seja reconhecida a ilegalidade de quaisquer atos, presentes ou futuros, de deportação ou medida compulsória de saída determinados pelo Departamento de Polícia Federal, seja com base na Portaria Interministerial nº 652/2021 ou sob outro fundamento, conforme dispositivos convencionais, constitucionais e legais indicados.

Alega a parte agravante, em síntese, que ao aplicar, por meio da Polícia Federal, a regra ilegal e descontextualizada da Portaria Interministerial nº 652/2021, a União provoca violação não apenas de direitos migratórios no plano administrativo, mas de direitos humanos e que há, no caso, verdadeiro rechaço ilegal, que é reprimido por diversas normas do sistema de governança migratória.

Deferido parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, para determinar ao MM. Juízo “a quo” a análise do pleito formulado (ID 196735559).

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta (ID 160634617).

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, opinou pelo provimento do agravo de instrumento (ID 209796143).

É o relatório.

VOTO

Os agravantes, nacionais da Venezuela, ingressaram em território nacional pela via terrestre no ano de 2020, por meio de Corumbá, no Estado do Mato Grosso do Sul, sendo o núcleo familiar formado por quatro pessoas (seu marido e 2 filhos).

Aduzem que quando buscaram a regularização perante a Polícia Federal, passaram a ser vítimas de grave violação de direitos humanos por parte do Estado Brasileiro, diante da impossibilidade de solicitarem refúgio ou outra forma de regularização migratória. Cada membro da família recebeu um termo de notificação em 25.11.2020, por sua entrada supostamente indevida no país.

Tal situação decorre do impedimento imposto pela União por meio da Portaria Interministerial nº 652 de 25/01/2021, aplicada pelas autoridades migratórias, que impossibilita o requerimento de refúgio pelo grupo e, ainda, os deixa à mercê do alto risco de serem sumariamente deportados.

Pois bem. A Portaria Interministerial nº 652 dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A referida Portaria estabelece que o seu descumprimento implica para o agente infrator à:

- I - responsabilização civil, administrativa e penal;
- II - repatriação ou deportação imediata; e
- III - inabilitação de pedido de refúgio.

Já as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública atual decorrente da pandemia de Covid-19 estão dispostas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe em seu art. 3º sobre as medidas que poderão ser adotadas:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

[...]

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

§ 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: [...]

III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

Com efeito, observa-se que a Portaria determina a deportação imediata e a inabilitação do pedido de refúgio durante o período de emergência de saúde pública, encontrando-se em desacordo com a política migratória brasileira, prevista na Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) em seus artigos 3º e 4º, in verbis:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

III - não criminalização da migração;

IV - não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;

- V - promoção de entrada regular e de regularização documental;
- VI - acolhida humanitária; [...]
- XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante;
- XXII - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.
- Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:
 - I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;
 - II - direito à liberdade de circulação em território nacional;
 - III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;
 - IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;
 - V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;
 - VI - direito de reunião para fins pacíficos;
 - VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;
 - VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
 - IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
 - X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
 - XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
 - XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;
 - XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 ;
 - XIV - direito a abertura de conta bancária;
 - XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e
 - XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.
- § 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.

Ora, da leitura dos referidos artigos extrai-se que a Portaria Interministerial nº 652/21 extrapola o poder regulamentar, estando em total desacordo com a legislação aplicável ao prever sanções em seu artigo 8º como a responsabilização, a repatriação ou deportação imediatas e a inabilitação do pedido de refúgio.

Denota-se, ainda, que as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19, tratadas na Lei nº 13.979/2020,

nada dispôs acerca da solicitação de refúgio, inexistindo hipótese de sanção a não nacionais que ingressem no país sem regularização migratória.

Por fim, impende consignar que a Lei nº 9.474/1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, dispõe que a irregularidade do ingresso de estrangeiro no território nacional não pode constituir óbice à solicitação de refúgio. Confira-se:

Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

Art. 10. A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.

§ 1º Se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a solicitação de refúgio e a decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal.

Sobre o tema, esta E. Corte assim já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA. PANDEMIA DE COVID-19. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 652/21. OBSTÁCULOS À SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO. LIMITE REGULAMENTAR NÃO OBSERVADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à permanência de estrangeiro em território nacional, em contrariedade com as normas previstas na Portaria Interministerial nº 652/2021.

2. A tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, objetiva adiantar a satisfação da medida pleiteada, garantindo a efetividade do direito material discutido. Para tanto, nos termos do art. 300 do atual Código de Processo Civil, exige-se, cumulativamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

3. A Portaria Interministerial nº 652/2021, publicada no contexto de agravamento da crise sanitária decorrente da pandemia de COVID-19, buscou impedir a entrada de estrangeiros possivelmente infectos com o vírus no Brasil, como forma de evitar a disseminação da doença em território nacional. O art. 8º, por sua vez, prevê a possibilidade de imposição de responsabilização civil, administrativa e penal, repatriação ou deportação imediata ou inabilitação de pedido de refúgio àqueles que descumprirem suas disposições.

4. A inabilitação ao pedido de refúgio prevista no ato normativo em tela viola o princípio da proibição de rechaço a refugiado, contemplado na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 50.215/61.

5. Nos termos da Lei 9.474/97, a irregularidade do ingresso de estrangeiro no território nacional não pode constituir óbice à solicitação de refúgio. Verifica-se, portanto, que a Portaria Interministerial nº 652/2021 extrapolou os limites que lhe cabiam, enquanto ato regulamentar, notadamente porque no âmbito da Lei

13.979/20, editada especialmente para disciplinar sobre medidas de enfrentamento da pandemia de COVID-19, nada foi disposto quanto à solicitação de refúgio.

6. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010836-87.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 11/11/2021, Intimação via sistema DATA: 16/11/2021)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para que a Agravada receba e processe o requerimento dos Agravantes para a solicitação do reconhecimento da condição de pessoa refugiada ou para autorização de residência pelas formas cabíveis.

É o voto.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

5004382-57.2022.4.03.0000

Agravante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

Agravada: SUELEN BRASIL SILVA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/08/2022

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSFERÊNCIA DE MATRÍCULA DE ESTUDANTE DEPENDENTE DE SERVIDOR PÚBLICO MILITAR REMOVIDO *EX OFFICIO*. CONGENERIDADE ENTRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO. ABRANDAMENTO DA EXIGÊNCIA NO CASO DE INEXISTÊNCIA, NA LOCALIDADE DE DESTINO E PROXIMIDADES, DE INSTITUIÇÃO DA MESMA ESPÉCIE QUE A DE ORIGEM. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Pleno da Suprema Corte, na sessão de 16/12/2004, concluiu que o artigo 1º da Lei nº 9.536/97, interpretado em conformidade com a Constituição Federal, pressupõe a transferência de servidores públicos civis e militares – e seus dependentes – que sejam estudantes para uma instituição de ensino congênere àquela onde originariamente estudavam, de modo que não ocorra solução de continuidade nos estudos por conta de remoção compulsória do servidor. Ou seja, a transferência se faria de instituição privada para uma outra, particular, ou de uma entidade educacional pública para outra, também estatal pública, sendo vedada a mescla privada/pública. Essa regra só pode ser excepcionada no caso - concreto - em que não existe instituição congênere na localidade para a qual o servidor civil ou militar foi removido no interesse da administração, sob pena de ser-lhe imposto o encargo - desarrazoado - de precisar abandonar seus estudos.
2. Sendo a autora oriunda de instituição privada, e não havendo instituição do mesmo gênero na localidade onde removido no interesse da Administração o esposo militar, de quem é economicamente dependente, é possível que a estudante seja alocada em instituição pública de ensino que ofereça o mesmo curso de origem.
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.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno interposto pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS em face de decisão id 256608552 que negou provimento ao agravo de instrumento.

No caso, o agravo de instrumento contrasta interlocutória de primeiro grau que deferiu a medida liminar em mandado de segurança para determinar que a agravante UFGD admita a transferência da impetrante e a matricule junto ao Curso de Medicina, tendo em vista a transferência "ex officio" de seu marido, militar do Exército Brasileiro, para aquela localidade, onde não existe instituição de ensino privada que ofereça o mesmo curso.

Nas razões do agravo interno (id 256968807) a recorrente UFGD sustenta que não há ilegalidade a ser combatida por meio de mandado de segurança, na medida em que a documentação apresentada pela impetrante/aluna não preenche o requisito contido no inciso VI do artigo 189 do Regulamento Geral dos Cursos de Graduação (RGCG) "Art. 189. A transferência compulsória será concedida quando atendidos os seguintes requisitos: (...) VI - a instituição de origem do requerente for pública."

Argumenta que tampouco restou atendido o princípio de congeneridade em relação à UFGD, instituição pública, tendo em vista que a instituição de origem da requerente (UNIGRANRIO) é de natureza jurídica privada.

Aduz, por fim, que "a autora não faz jus ao benefício da transferência ex officio, uma vez que esta tem por objeto a preservação do direito à educação para servidor público federal (e seus dependentes) que, no interesse da Administração Pública, seja transferido de localidade, implicando sua mudança de domicílio. No caso em questão, a parte autora não foi removida ex officio, não se enquadrando nas exigências legais, portanto".

Oportunizada resposta.

O Ministério Público Federal já se manifestou pelo desprovimento do recurso em momento anterior (ID 256054638).

É o relatório.

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator: Cuida-se de agravo interno interposto em face de decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento.

Os argumentos expendidos pela parte agravante não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Assim, submeto o recurso à apreciação do órgão Colegiado.

O MM. Juízo "a quo" deferiu a medida liminar nestes termos:

"Suelen Brasil Silva pede, em face do Pró-Reitor de Ensino de Graduação da Universidade Federal da Grande Dourados e do Reitor da Universidade Federal da Grande Dourados, a concessão de tutela de urgência para a transferência da impetrante do curso de Medicina da Unigranrio para a UFGD – Universidade Federal da Grande Dourados.

Alega: é casada com o militar Henrique Cesar Benites Ananias, major do Exército Brasileiro; seu cônjuge foi transferido do Comando do 1º RM do Rio de Janeiro-RJ para o Comando da 4ª Brigada de Cavalaria Mecanizada em Dourados-MS em setembro de 2021; no Estado do Rio de Janeiro, a impetrante cursava a faculdade de medicina na Unigranrio, polo Duque de Caxias-RJ; em dezembro de 2021, em razão da transferência ex officio de seu esposo, do qual é dependente legal, solicitou a transferência de sua matrícula para o curso de medicina da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD; o pedido administrativo foi indeferido em 11/01/2022, nos termos do Parecer nº 23/2022 – DILENES, ao argumento de não atendimento da congeneridade prevista na ADIn nº 3324-7, visto que a instituição de origem é particular; o ato administrativo da autoridade coatora é arbitrário, uma vez que o único curso de medicina na cidade de Dourados é oferecido exclusivamente pela Universidade Federal da Grande Dourados MS.

Decide-se.

Em mandado de segurança, os dois pressupostos que autorizam a concessão da medida liminar devem coexistir: a relevância dos fundamentos invocados e o risco de ineficácia da medida se concedida somente ao final, conforme prevê o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09.

No caso em tela, estão presentes os requisitos acima mencionados.

A transferência entre instituições de ensino de estudantes dependentes de servidor público federal, civil ou militar, encontra espeque no art. 1º da Lei nº 9.536/97, que regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9394/96, verbis:

Art. 1º A transferência ex officio a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do caput não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

O referido dispositivo, entretanto, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324, em cujo julgamento o Supremo Tribunal Federal definiu que a constitucionalidade da regra pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional e a congeneridade das instituições envolvidas, de modo que o estudante de instituição privada somente teria o direito à transferência para outro estabelecimento privado e o discente de universidade pública para instituição pública, vedada a mesclagem.

Trazendo-se tais premissas para o caso em análise, como a demandante cursava Medicina em uma instituição privada (Unigranrio - Universidade da Grande Rio), a remoção no interesse da Administração do esposo militar, de quem é economicamente dependente, para a cidade de Dourados-MS não ensejaria direito subjetivo à transferência para a UFGD (instituição pública).

Contudo, é necessário atentar que já houve mitigação do posicionamento pelo próprio STF. Imperioso o abrandamento da exigência da congeneridade no caso de inexistência, na localidade de destino e proximidades, de instituição da mesma espécie que a de origem.

É o que ocorre nos autos. Na cidade do Dourados-MS, local para onde o esposo da demandante foi removido no interesse da Administração, a única faculdade de

Medicina existente é vinculada à UFGD, entidade pública – 240461575 – Pág. 1. Não há, portanto, possibilidade fática da observância da congeneridade privada-privada.

Isso porque, se é bem verdade que, como definiu o Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não é possível aceitar o ingresso privilegiado em universidades públicas de servidores e dependentes de servidores que estudavam em instituições privadas, não menos verdadeiro é o fato de que o ordenamento jurídico almeja que a transferência compulsória dos servidores públicos, tanto civis, quanto militares, não ocasione prejuízos para os seus estudos, assim como de seus familiares.

Assim, sendo a autora oriunda de instituição privada, e não havendo instituição do mesmo gênero nesta localidade, é possível que a estudante seja alocada em instituição pública de ensino que ofereça o mesmo curso de origem:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. INGRESSO DE SERVIDOR PÚBLICO TRANSFERIDO EM UNIVERSIDADE PÚBLICA, NA FALTA DE UNIVERSIDADE PRIVADA CONGÊNERE À DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A transferência de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente, prevista no art. 49, parágrafo único, da Lei 9.394/96, e regulamentada pela Lei 9.356/97, pode ser efetivada entre instituições pertencentes a qualquer sistema de ensino, na falta de universidade congênere à de origem.

2. É constitucional a previsão legal que assegure, na hipótese de transferência ex officio de servidor, a matrícula em instituição pública, se inexistir instituição congênere à de origem.

3. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

STF, Recurso Extraordinário 601.580, 20/02/2020.

A urgência da medida é evidente, considerando-se a proximidade do início do ano letivo, sendo certo que a não concessão da tutela antecipatória de urgência poderá resultar na ineficácia da medida, caso venha a ser deferida ao final, pois a autora terá já perdido parte do ano letivo, ou até mesmo todo ele.

Assim, defere-se o provimento antecipatório almejado.

Determina-se que a UFGD admita a transferência da autora e a matricule junto ao Curso de Medicina, permitindo sua frequência às aulas e realização de todas as atividades discentes, mantendo esta situação até decisão de mérito superveniente.

.....”

A r. decisão está excelentemente fundamentada e merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão, lançando mão da técnica de motivação per relacionem, amplamente adotada pelo Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça (STF: ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- HC 214.049/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015,

DJe 10/03/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013. Recente aresto do STJ assim verbalizou: "...A iterativa jurisprudência desta Corte considera válida a utilização da técnica da fundamentação per relationem, em que o magistrado adota trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir. Tal prática não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade" (AgInt no AREsp 855.179/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 05/06/2019).

Deveras, a interlocutória não merece qualquer reparo pois se acha em total consonância com interpretação dada pelo STF ao artigo 1º da Lei nº 9.536/97, que regulamenta o parágrafo único do artigo 49 da Lei nº 9.394/96 (de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324.

O Pleno da Suprema Corte, na sessão de 16/12/2004, concluiu que o artigo 1º da Lei nº 9.536/97, interpretado em conformidade com a Constituição Federal, pressupõe a transferência de servidores públicos civis e militares – e seus dependentes – que sejam estudantes para uma instituição de ensino congênere àquela onde originariamente estudavam, de modo que não ocorra solução de continuidade nos estudos por conta de remoção compulsória do servidor. Ou seja, a transferência se faria de instituição privada para uma outra, particular, ou de uma entidade educacional pública para outra, também estatal pública, sendo vedada a mescla privada/pública. Essa regra só pode ser excepcionada no caso - *concreto* - em que não existe instituição congênere na localidade para a qual o servidor civil ou militar foi removido no interesse da administração, sob pena de ser-lhe imposto o encargo - *desarrazoado* - de precisar abandonar seus estudos.

No âmbito do STJ o entendimento é o mesmo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSFERÊNCIA DE ESTUDANTE. ENSINO SUPERIOR. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA ENTRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO CONGÊNERES. CRITÉRIO OBEDECIDO.

1. Consoante a firme jurisprudência do STJ, o servidor municipal, estadual ou federal, aluno de instituição de ensino superior, que for transferido ex officio, tem assegurado o direito a matrícula, desde que congêneres as instituições de ensino, excetuando-se a regra em caso de inexistência de estabelecimento de ensino da mesma natureza no local da nova residência ou em suas imediações.

2. A compreensão firmada pelo Tribunal de origem não discrepa da jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1875056/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/11/2020, DJe 09/12/2020)

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

Direito Constitucional



REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5004751-35.2018.4.03.6000

Parte Autora: JOSE ANTONIO DA SILVA JUNIOR

Partes Rés: PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL, CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE DÉBITOS RELATIVOS A TRIBUTOS ESTADUAIS. DESCABIMENTO. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos, sendo certo, ainda, que o reexame necessário não tem o condão de infirmar o quanto decidido.

2. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

3. Registre-se, por oportuno, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na r. sentença recorrida - técnica de julgamento "*per relationem*" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, que preceitua que "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...)*". Precedentes do E. STF e do C. STJ.

4. Insta consignar que a jurisprudência tem entendimento pacificado de que a exigência de certidão negativa de débitos com o Fisco para posse em cargo público viola os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, previstos na CF/88, além de configurar forma oblíqua de cobrança de tributos

5. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MÔNICA NOBRE, por motivo de férias., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar impetrado por JOSE ANTONIO DA SILVA JUNIOR, em face de ato do PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL, no qual busca ordem judicial para determinar à Autoridade Impetrada que se abstenha de exigir do Impetrante Certidão Negativa da Fazenda Estadual, permitindo que tome posse no concurso público para o qual foi aprovado.

Alegou ter sido aprovado no Concurso Público de Provas para o Quadro de Pessoal do Conselho Regional de Odontologia/MS, tendo sido a sua nomeação publicada do Diário Oficial de 12/04/2017.

Afirma que, segundo o Edital nº 19/2017-CRO/MS, a Autoridade Impetrada estava a exigir, dentre outros documentos, a apresentação da Certidão Negativa da Fazenda Estadual.

Aduz que ao comparecer à posse, no dia 11/05/2017, solicitou a prorrogação da data da posse, tendo sido reagendada a data para o dia 16/06/2017.

Informa não ter condições financeiras de arcar com os débitos, estando impedido de apresentar a mencionada certidão.

Sustenta que a exigência do referido documento viola os princípios da isonomia, da razoabilidade e da legalidade, além de inviabilizar a posse em concurso público pela simples existência de débito com a Fazenda Estadual.

O pedido de liminar foi deferido.

Foi dado à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

O MM. Juízo *a quo* confirmou a liminar e concedeu a segurança, para determinar definitivamente que a Autoridade Impetrada se abstenha de exigir o a Certidão Negativa da Fazenda Estadual, item "n", do Edital 19/2017-CRO/MS, para fins de posse no cargo público ao qual o Impetrante logrou aprovação.

Deixou de fixar honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei nº 12.016/2009. Sem custas.

O representante do Ministério Público Federal em 2ª Instância manifestou ciência do processado e nada requereu.

É o relatório.

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

O provimento vergastado decidiu a questão vertida nestes autos nos seguintes termos:

"(...)

Trata-se de ação mandamental, com pedido de liminar, pela qual o impetrante

JOSÉ ANTONIO DA SILVA JUNIOR busca ordem judicial para determinar à autoridade impetrada - PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL - CRO/MS - que se abstenha de exigir a apresentação de certidão negativa da Fazenda Estadual, permitindo que o impetrante tome posse no concurso público para o qual foi aprovado e cuja posse está marcada para o dia 16/06/2017.

Alegou o impetrante ter sido aprovado para o Concurso Público de Provas para o Quadro de Pessoal do Conselho Regional de Odontologia/MS, sendo sua nomeação publicada no diário oficial de 12/04/2017. Segundo o Edital nº 19/2017-CRO/MS, que contém as normas para efetivação da posse, a autoridade estava a exigir, dentre outros documentos, a apresentação de certidão negativa da Fazenda Estadual.

No dia 11/05/2017 o impetrante compareceu para a posse munido de todos os documentos exigidos, exceto a referida certidão, que não possui em razão da existência de débitos estaduais em seu nome pendentes de quitação. Solicitou, então, a prorrogação da posse, o que foi aceito, reagendando a solenidade para o dia 16/06/2017. Alegou não possuir, contudo, meios financeiros de arcar como pagamento de tais débitos, continuando impedido de apresentar a documentação em questão.

Destacou que a exigência desse documento viola os princípios da isonomia, da razoabilidade e da legalidade, uma vez que não há previsão legal para tanto, além do que, inviabiliza a posse em concurso público pela simples existência de débitos com a Fazenda Pública Estadual, o que caracteriza, no seu entender, coação para o pagamento de dívida. Salientou que a existência de tais débitos não é fator suficiente para desabonar sua conduta e impedir a posse em concurso público, mormente porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a exigência da certidão em questão caracteriza sanção política.

Pleiteou a Justiça Gratuita e juntou documentos.

O pedido de liminar foi deferido (fls. 35/36), para determinar que a autoridade impetrada se abstivesse de exigir o documento denominado Certidão Negativa da Fazenda Estadual, para fins de posse no cargo público em questão.

Regularmente notificada, a autoridade deixou de prestar informações no prazo legal (fls. 44).

O MPF deixou de exarar parecer sobre o mérito da lide posta, sob o argumento de ausência de interesse público primário a ser analisado (fls. 46/46-v).

Às fls. 47/51 a representação jurídica do CRO/MS apresentou defesa, onde destacou que o atendimento ao pleito inicial caracterizaria tratamento diferenciado, que fere a isonomia dos concorrentes, incorrendo em ilegalidade. Salientou que é dever de todo cidadão estar em dia com suas obrigações, inclusive fiscais, em especial o servidor que desempenhará atividade cobrando o cumprimento de tal dever. Juntou documentos.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relato.

Decido.

Trata-se de ação mandamental pela qual o impetrante busca, resumidamente, autorização judicial para tomar posse em concurso público para o qual foi aprovado, independentemente da apresentação de documento exigido pela autoridade impetrada, de quitação das obrigações fiscais estaduais. Em contrapartida, o CRO/MS defendeu extemporaneamente o ato combatido, ao argumento de que o acolhimento da pretensão inicial implicaria em violação à isonomia com os demais candidatos do certame.

Adentrando no mérito propriamente dito, vejo que, ao apreciar o pedido de liminar, assim me pronunciei:

Como se sabe, por ocasião da apreciação do pedido de medida liminar, cabe apenas realizar uma análise superficial da questão posta, já que a cognição exauriente ficará relegada para quando da apreciação da própria segurança.

Outrossim, nos termos do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/09, poderá ser determinada a suspensão dos efeitos do ato, comissivo ou omissivo, que deu motivo ao pedido, quando relevante o fundamento alegado e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida posteriormente.

E no presente caso, verifico a plausibilidade do direito invocado a justificar a concessão da medida de urgência buscada.

De início, saliento que em casos recentes e semelhantes, o E. Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a imposição de restrição profissional ao contribuinte - o que me parece ser justamente o caso em análise - em razão de débitos como Fisco caracteriza sanção política incompatível com a Carta.

Nesse sentido, assim decidiu o STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - LEGISLAÇÃO LOCAL. A apreciação do recurso extraordinário faz-se considerada a Constituição Federal, descabendo interpretar normas locais visando a concluir pelo enquadramento no permissivo do inciso III do artigo 102 da Carta da Republica. TRIBUTOS - FISCALIZAÇÃO - REGIME ESPECIAL - SANÇÃO POLÍTICA - INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da Republica legislação estadual por meio da qual são impostas restrições ao exercício da atividade econômica ou profissional do contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, caracterizada forma oblíqua de cobrança de tributos - Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. Precedentes: Recursos Extraordinários nº 413.782-8/SC e 565.048/RS, ambos de minha relatoria. A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 787.241 - STF - Min. Marco Aurélio - 1ª Turma, 5.5.2015

E o presente caso se assemelha ao do acórdão transcrito, haja vista que o impetrante está aparentemente a sofrer impedimento ao exercício de profissão, notadamente pela impossibilidade de tomar posse em concurso público, em razão de débitos existentes para com o Fisco Estadual, o que se revela, a priori, incompatível com a Carta.

Ademais, por ora não verifico a existência de lei em sentido estrito a justificar a exigência de apresentação desse documento, de maneira que nesta prévia análise dos autos ela se revela desprovida de amparo legal.

Não bastasse isso, nesta análise perfunctória da ação mandamental, tal exigência contida no Edital de fls. 26/29, relacionada à apresentação da certidão combatida, sequer detém respaldo legal em relação ao Edital do certame (fls. 18/25) que, aparentemente, não a elencou em seu item 10 como sendo documento essencial para a posse no cargo público.

A recentíssima jurisprudência pátria corrobora o entendimento aqui manifestado: ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO CONJUNTA DE DÉBITOS RELATIVOS A TRIBUTOS FEDERAIS E À DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. SANÇÃO. DESCABIMENTO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos da orientação firmada no STF, a verificação da existência de legalidade e abusividade dos atos administrativos não acarreta ofensa ao princípio da separação dos poderes. (ARE 914072 AgR, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13-04-2016 PUBLIC 14-04-2016). Possibilidade de o Poder Judiciário analisar a

legalidade do ato administrativo que não deu posse ao autor no cargo de Professor do Magistério Superior, Classe Assistente A, da Universidade Federal de Roraima - UFRR (Edital n. 163/2015-PROGESP) sob o fundamento de não ter apresentado Certidão Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União.

2. A norma do Edital n. 163/2015/PROGESP que exige a apresentação de Certidão Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União como requisito para posse de candidato devidamente aprovado em concurso público viola o art. 37, I, por ausência de previsão legal, bem como a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão constante dos incisos XIII e XV do art. 5º da CF/88, além de se mostrar despropositada, desarrazoada e desproporcional a conduta do Poder Público que, mediante a edição de norma sancionatória, busca constranger o contribuinte a providenciar o recolhimento do crédito tributário, uma vez que não há qualquer relação entre o não pagamento de tributo pelo candidato e as exigências de qualificação profissional para o exercício do cargo.

3. Remessa oficial e apelação conhecidas e, no mérito, não providas. APELAÇÃO 00044154620154014200APELAÇÃO CÍVEL - TRF1 - SEXTA TURMA - e-DJF1 DATA:25/01/2017

Presente, portanto, a plausibilidade do direito invocado.

O perigo da demora também se revela presente, na medida em que a posse do impetrante foi reagendada para o dia 16 deste mês, de modo que se essa data for ultrapassada, ele perderá o direito de ser empossado no cargo público em questão, perdendo, conseqüentemente, o objeto do feito.

Presentes os requisitos legais, defiro o pedido de liminar e determino que a autoridade impetrada se abstenha de exigir o documento contido no item n - Certidão Negativa da Fazenda Estadual - do Edital 19/2017-CRO/MS (fls. 26/29), para fins de posse no cargo público ao qual logrou aprovação, desde que esse seja o único impedimento para a posse.

Notifique-se a autoridade impetrada para prestar informações, no prazo legal, e dê-se ciência à representação judicial da pessoa jurídica respectiva.

Em seguida, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal para parecer, no prazo legal.

Por fim, voltemos autos conclusos para sentença.

Intimem-se.

Campo Grande, 06 de junho de 2017.

NEY GUSTAVO PAES DE ANDRADE

JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO

Neste momento processual, já decorrido todo o trâmite mandamental, não verifico qualquer notícia de fato posterior que tenha alterado o quadro fático e jurídico existente no momento da apreciação do pedido de liminar.

Em outras palavras, pode-se afirmar que as mesmas razões de fato e de direito que levaram ao deferimento da medida liminar se mostram, nesta fase final, como motivação suficiente para a concessão da segurança definitiva, notadamente porque a exigência caracteriza nítida violação à razoabilidade, preconizada na carta, além de se tratar de exigência formulada em momento posterior ao Edital do certame (fls. 18/25).

Não bastasse isso, como bem mencionado na decisão que deferiu a liminar, o tema tratado nestes autos já foi objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal no AG. REG. No RE 787.241/2015, além do que a exigência em questão não conta com amparo legal, revelando-se no todo incompatível como sistema constitucional pátrio.

Do exposto, conclui-se ter havido violação ao direito do impetrante, existindo o direito líquido e certo alegado na inicial, situação que enseja a concessão da ordem mandamental.

III – DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, confirmo a liminar de fls. 35/36 e CONCEDO A SEGURANÇA, nos termos da fundamentação supra, para determinar definitivamente que a autoridade impetrada se abstenha de exigir o documento contido no item 'n' - Certidão Negativa da Fazenda Estadual - do Edital 19/2017-CRO/MS (fls. 26/29), para fins de posse no cargo público ao qual o impetrante logrou aprovação.

Deixo de fixar honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009. Sem custas.

P.R.I.C.

(...)"

Conforme se extrai da transcrição supra, o provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

Com efeito, o entendimento externado no provimento recorrido encontra-se conforme a jurisprudência pacífica das Cortes Superiores e deste Tribunal.

Insta consignar que a jurisprudência tem entendimento pacificado de que a exigência de certidão negativa de débitos com o Fisco para posse em cargo público viola os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, previstos na CF/88, além de configurar forma oblíqua de cobrança de tributos

Tem-se, assim, que o reexame necessário não tem o condão de infirmar o quanto decidido, motivo pelo qual de rigor a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

Registre-se, por fim, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na r. sentença recorrida - técnica de julgamento *per relationem* -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*".

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONSUMAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PRESCRIÇÃO PENAL - INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE JURÍDICO - CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE PRONTA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DA JUSTIÇA LOCAL - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (...)

- *Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "per relationem", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita*

pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes.” (grifo nosso)

(STF, AI 825520 AgR-ED, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 31/05/2011, DJe 09/09/2011)

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE.

1. *Consoante o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em nulidade por ausência de fundamentação ou por negativa de prestação jurisdicional a decisão que se utiliza da fundamentação per relationem.* Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

2. Não se admite o recurso especial quando a questão federal nele suscitada não foi enfrentada no acórdão recorrido. Incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento.” (grifo nosso)

(STJ, AgInt no AREsp 1322638/DF, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. 11/12/2018, DJe 18/12/2018)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL COMPROVADA NO AGRAVO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO. TIPICIDADE. DOLO. NECESSIDADE DE INCURSÃO VERTICAL NA ANÁLISE DAS PROVAS. SÚMULA 7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Não há cogitar nulidade do acórdão por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal 1988, se o órgão julgador na origem, ao apreciar a apelação, se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (APn n. 536/BA, Corte Especial, Dje 4/4/2013).*

(...)

5. Agravo regimento não provido.” (grifo nosso)

(STJ, AgRg no REsp 1482998/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 13/11/2018, DJe 03/12/2018)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO. VALIDADE. DIREITO AMBIENTAL. ART. 10 DA LEI N. 6.938/81. COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO. PODER FISCALIZATÓRIO. IBAMA. POSSIBILIDADE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DIREITO ADQUIRIDO. FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL. AUSÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. 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. (...)

IV - *O Supremo Tribunal Federal chancelou a técnica da motivação per relationem, por entender que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional e se mostra compatível com o que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal.* A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte à anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes.

(...)

XII - Agravo Interno improvido." (grifo nosso)

(AgInt no REsp 1283547/SC, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, j. 23/10/2018, DJe 31/10/2018)

Por conseguinte, a r. sentença que concedeu a segurança não merece reparos. Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à remessa oficial. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5003289-21.2020.4.03.6114

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: ALBERTO EULALIO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. ANISTIA POLÍTICA. DITADURA MILITAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. CUMULAÇÃO COM REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LEI 10.559/2002. POSSIBILIDADE. CONSECTÁRIOS LEGAIS. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à imprescritibilidade das ações de reparação de danos decorrente de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o regime militar.

2. A Comissão de Anistia reconheceu a condição de anistiado político do autor e deferiu-lhe o direito à reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada no valor de R\$ 2.186,60 (dois mil, cento e oitenta e seis reais e sessenta centavos), em substituição à aposentadoria excepcional de anistiado político, nos termos do artigo 1º, incisos I, II e III da Lei nº 10.559/2002.

3. Há possibilidade de cumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, por se tratar de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversa; enquanto a primeira visa à recomposição patrimonial, a segunda tem por escopo a tutela da integridade moral. Precedentes.

4. O autor, por defender ações contra o regime militar, foi vigiado, perseguido, destituído do seu cargo eletivo de dirigente sindical e figurou na "lista negra" do DOPS, o que não gerou mero constrangimento, mas sim efetivo abalo psíquico.

5. No tocante à fixação do montante a título de indenização por danos morais, atentando-se às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado majorar a indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), alinhando-a ao entendimento jurisprudencial sobre o tema.

6. Com relação à incidência dos consectários legais sobre o valor de indenização por dano moral, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema é no sentido de que os juros de mora, em caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir da data do evento danoso (Súmula 54 STJ), e a correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 STJ).

7. O Superior Tribunal de Justiça julgou repetitivo (REsp 1.492.221) que discutia a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública,

independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, devendo ser observados os índices e percentuais ali definidos.

8. Nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode reconhecer a sucumbência recíproca, pois, nesses casos, a sucumbência está ligada ao reconhecimento ou não do pedido, e não ao quantum arbitrado pelo juízo, nos termos da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça.

9. No que diz respeito aos honorários advocatícios, a condenação da União se deu de forma correta, com fundamento no artigo 85, § 3º, I, do CPC; entretanto, devido à incidência de juros e correção monetária, não é possível saber, neste momento, o valor exato da condenação, a ser apurado na fase de liquidação, o que implica, necessariamente, na aplicação do § 5º do supracitado dispositivo legal (honorários escalonados).

10. Considerando, por fim, o trabalho adicional do causídico da parte autora, de rigor a majoração da verba honorária sucumbencial de 10% (dez por cento) para 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/2015.

11. Apelação da União desprovida.

12. Apelação do autor provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Terceira Turma, por unanimidade, decidiu **NEGAR PROVIMENTO** à apelação da União e **DAR PROVIMENTO** à apelação do autor para majorar a indenização por dano moral, fixar os juros de mora a partir da data do evento danoso (junho de 1981) e arbitrar os honorários sucumbenciais recursais (art. 85, § 11, CPC), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por Alberto Eulalio em face da União, objetivando o recebimento de indenização por danos morais em relação ao período da ditadura militar.

O MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido para condenar a União ao pagamento de indenização por danos morais ao autor no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente desde a data do arbitramento e de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora desde o evento danoso (05.10.1988 – Promulgação da Constituição Federal), com aplicação de juros de 0,5% ao mês até 10.01.2003 e, a partir daí, na taxa de 1% ao mês. Fixou honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (ID 257238620).

A União apelou, alegando, em suma, que:

a) a indenização prevista na Lei n. 10.559/2002 já abrange os danos morais e materiais, bem como quaisquer outras formas de reparação, razão pela qual

não há como desdobrá-la em diferentes modalidades, sendo que o art. 16 desse mesmo diploma legal contém vedação no que concerne à cumulação de diversas formas de reparação;

b) a reparação por danos materiais e morais impõe a prévia verificação de um prejuízo efetivo, ou seja, de uma perda ou desfalque de algo que, ao sujeito, afigura-se situação verdadeiramente onerosa, não sendo suficiente a mera alegação de dano, desacompanhada das provas, como no caso em comento;

c) o autor da ação não demonstra que os alegados danos se originam na atividade estatal, não se evidenciando, portanto, nexo de causalidade;

d) à minguia de previsão específica na Lei nº 10.559/02, o lustrro prescricional para o ajuizamento das ações de compensação de danos morais renovou-se a partir da data de sua publicação, a saber, 14.11.2002, de modo que a presente demanda, ajuizada somente em 2020, isto é, bem mais de cinco anos após a publicação da Lei nº 10.559/02, encontra-se prescrita;

e) caso mantida a sentença, pugna pela redução do dano moral a um valor compatível, considerando que o anistiado já recebeu indenização na esfera administrativa, cujo valor é bancado pelos combalidos cofres públicos, e o valor pleiteado a título de dano moral jamais poderá ser superior ao valor da reparação paga em prestação única, nos termos do art. 4º § 2ª da Lei 10.559/2002;

f) os juros moratórios, assim como a correção monetária, devem fluir, no caso de indenização por dano moral, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização, já que o devedor passa a estar em mora apenas quando do arbitramento do valor, porquanto impossível o pagamento antes desta data, conforme entendimento do STJ, no RESP nº. 1.485.260-PR, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina;

g) há um descompasso entre o pedido do autor, no valor de R\$ 200.000,00, e o valor da condenação, em R\$ 10.000,00, de sorte que o pedido do autor foi acolhido apenas em 5% e a sentença deve ser reformada para constar que o pedido foi parcialmente procedente, com a consequente inversão do ônus de sucumbência;

h) caso mantida a sentença, ao menos os honorários advocatícios sejam reduzidos de acordo com o disposto no artigo 85, § 3º, inciso V, do CPC, fixando-os entre 1% e 3% sobre o valor da condenação.

O autor interpôs apelação adesiva, sustentando, em síntese, que:

a) o valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado em quantia que seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições sociais do ofendido, de modo que, em razão da extrema gravidade, intensidade e extensão da mácula moral sofrida pelo apelante em anos de perseguição, repressão e intolerância política, o caso é de majorar a indenização para, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais), acompanhando, nesse sentido, o entendimento jurisprudencial;

b) os juros moratórios devem ser aplicados a partir de junho de 1980, de acordo com o enunciado da Súmula nº 54 do STJ, sendo este o primeiro registro de monitoramento ilegal em face do apelante;

c) os honorários advocatícios devem ser majorados e aplicados sobre o proveito econômico da causa, nos termos dos §§ 2º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter indenização por danos morais, em relação ao período da ditadura militar.

De início, cumpre asseverar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à imprescritibilidade das ações de reparação de danos decorrente de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o regime militar. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANO S MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. PRECEDENTES. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANO S MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. PROSEGUIMENTO DO JULGAMENTO QUANTO AO MÉRITO. 1. *A jurisprudência do STJ é pacificada no sentido de que a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, que são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões.* 2. Ressalte-se que a afronta aos direitos básicos da pessoa humana, como a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível e ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em hipótese similar à dos autos, a inexistência de violação ao art. 97 da CF/88 quando o acórdão recorrido entendeu inaplicável o prazo prescricional estabelecido no art. 1º do Decreto 20.910/1932. (...). 6. Recurso Especial parcialmente provido”. (REsp 1664760/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 30/06/2017) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO S MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA DURANTE O REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. 1. *Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual as ações de indenização decorrentes de atos de violência ocorridos durante o regime militar são imprescritíveis.* (...). 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no REsp 1477268/SP, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, DJe 24/05/2016) (grifei)

No mérito, verifica-se que o autor foi militante político ativo e dirigente sindical no Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema, tendo o seu mandato sindical cassado em agosto de 1983, pela Delegacia Regional do Trabalho, por motivação exclusivamente política.

Extraí-se dos autos, ainda, que a Comissão de Anistia reconheceu a condição de anistiado político do autor e deferiu-lhe o direito à reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada no valor de R\$ 2.186,60 (dois mil, cento e oitenta e seis reais e sessenta centavos), em substituição à aposentadoria excepcional de anistiado político, com efeitos financeiros retroativos somente na diferença entre o valor concedido e aquele que já recebia pelo INSS (R\$ 1.720,91). Os efeitos pretéritos, por sua vez, incidiram de 05.10.1988 até a data do julgamento, em 04.12.2003, perfazendo um total retroativo indenizável de R\$ 84.740,06 (oitenta e quatro mil, setecentos e quarenta reais e seis centavos), nos termos do artigo 1º, incisos I, II e III da Lei nº 10.559/2002 (ID 257238584).

Neste contexto, há possibilidade de cumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, por se tratar de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas. De fato, enquanto a primeira visa à recomposição patrimonial, a segunda tem por escopo a tutela da integridade moral. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS DECORRENTES DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NA ÉPOCA DA DITADURA MILITAR. ANISTIA. CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA DECORRENTE DA LEI N. 10.559/02. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 568/STJ. 1. *Esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido de que a reparação econômica realizada pela União decorrente da Lei n. 10.559/02 não se confunde com a reparação por danos morais prevista no art. 5º, V e X, da Constituição Federal, motivo pelo qual são cumuláveis.* Precedentes do STJ. 2. A Súmula 568/STJ atende às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015. Não obstante, há posicionamento consolidado nesta Corte Superior no sentido de que eventual nulidade da decisão monocrática fundamentada em jurisprudência dominante fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via do agravo interno. 3. Agravo interno não provido”. (AgInt no REsp 1652397/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 14/09/2017) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Recurso especial em que se discute possibilidade de acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais decorrente de prisão e perseguição políticas sofridas à época da ditadura militar. 2. A Lei federal n. 10.559/2002, que regulamentou o disposto no art. 8º dos Atos das Disposições Transitórias - ADCT e instituiu o Regime do Anistiado Político, veda a acumulação de: a) reparação econômica em parcela única com reparação econômica em prestação continuada (art. 3º, § 1º); b) pagamentos, benefícios ou indenizações com o mesmo fundamento, facultando-se ao anistiado político, nessa hipótese, a escolha da opção mais favorável (art. 16). 3. “Ine-

xiste vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se trata de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade” (AgRg no REsp 1.467.148/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/02/2015.). Agravo regimental improvido”. (AgRg no REsp 1464721/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ANISTIADO POLÍTICO. ART. 16 DA LEI N. 10.559/2002. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. 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. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - *O acórdão recorrido está em confronto com a orientação desta Corte, no sentido de que é possível a cumulação da reparação administrativa do anistiado político, com indenização, judicialmente fixada, por dano moral, tendo em vista tratar-se de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas.* III - A Agravo não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV - Agravo Interno improvido”. (AgInt no AREsp 915.872/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017) (grifei)

Os precedentes desta Corte Regional seguem a linha do mesmo entendimento:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REGIME MILITAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICO. NÃO CUMULAÇÃO DA INDENIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS PARA POSTULAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. 1. A questão posta nos autos diz respeito à indenização por danos morais, pleiteada em face da União Federal, pelos herdeiros de Jocelin Manoel de Souza, falecido em 06.06.2004, perseguido, preso e torturado no período da ditadura Militar no Brasil. 2. O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. 3. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. É evidente, no caso dos autos, tratar-se de responsabilidade objetiva, tendo em vista as condutas comissivas cometidas pelos agentes estatais. 4. *Quanto à possibilidade de cumulação de indenização administrativa com a indenização atualmente pleiteada, observa-se a Lei 10.559/02. Da leitura do dispositivo, é evidente que o referido diploma legal refere-se somente aos danos patrimoniais, não versando, portanto, sobre indenização por danos morais.* 5. Precedentes. 6. Não identífico, portanto, vedação à

cumulação de indenização administrativa e indenização por danos morais. Acerca da demonstração dos fatos alegados na inicial, entende-se que estes restaram devidamente comprovados pelos documentos acostados. Os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado estão, portanto, plenamente preenchidos. (...) 10. Embargos de declaração rejeitados". (AC 00114103720124036104, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANISTIADO POLÍTICO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEI Nº 10.599/2002. FATO LESIVO, DANO MORAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. AUTORES SUCESSORES DA VÍTIMA. RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE DANO SUPERIOR AO INDENIZADO. 1. Os autores pleiteiam indenização por danos morais, que, segundo alegam, foram causados ao pai/marido deles, ex-sindicalista, em razão de prisões arbitrárias que sofreu, por motivos políticos, durante o regime militar, nas quais foi ameaçado e torturado física e psicologicamente por oficiais com o uso de choques elétricos e espancamentos. Foi indiciado e processado criminalmente, sob a acusação de ser terrorista. Aduzem que ele teve de deixar o sindicato por causa das perseguições que sofria. Pleiteiam indenização por danos morais em razão desses fatos. 2. O disposto no artigo 8º do ADCT não deixa dúvida de que o constituinte originário pretendeu que fossem ressarcidos danos suportados pelo anistiado político decorrentes de lesão no seu âmbito profissional. *O caráter patrimonial da indenização se evidencia no ponto em que frisa que o ressarcimento econômico é dirigido ao cidadão que ficou impedido de exercer atividade profissional (§ 3º).* Nessa mesma linha, seguiu a Lei nº 10.559/02 em seu artigo 2º. 3. O caso em comento não se enquadra nas hipóteses previstas na citada lei, visto que tem por objeto a reparação do dano moral, consubstanciado no sofrimento suportado pelo falecido em decorrência dos atos violadores de toda a ordem de direitos individuais que lhe foram dirigidos por representantes do regime militar. 4. Quanto ao ressarcimento realizado pelo Estado de São Paulo com fundamento na Lei nº 10.726, de 8 de janeiro de 2001, a situação não é diferente, uma vez que o artigo 6º desse regramento não contempla o dano moral propriamente dito. 5. A tortura representa violação direta à dignidade humana, a qual, como direito humano que é, tem as características de ser inata, universal, absoluta, inalienável e imprescritível. Inaplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32 à pretensão indenizatória em questão. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003 p. 195. (AgRg no REsp 1160643/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 26/11/2010). (...) 11. O quantum indenizatório na reparação dos danos morais deve ser fixado com moderação, atentando para o nível socioeconômico dos autores, o porte econômico dos réus, orientando-se ainda o juiz pela razoabilidade e, sobretudo, pela situação de exceção do Estado brasileiro, cujos governantes não dispunham de qualquer legitimidade popular. 12. Diante da instabilidade política gerada pelos dois lados, e porque a reparação econômica

vai recair sobre toda a sociedade, suficiente e razoável a solução adotada pela sentença, que reconheceu a inexistência de dano maior que aquele reconhecido e indenizado pelas rés. 13. Apelação desprovida". (AC 00062496320094036100, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Não há dúvidas, deste modo, que o autor, por defender ações contra o regime militar, foi vigiado, perseguido, destituído do seu cargo eletivo de dirigente sindical e figurou na "lista negra" do DOPS, o que não gerou mero constrangimento, mas sim efetivo abalo psíquico.

O artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, dispõe que, *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral, decorrente de sua violação"*.

A lei fundamental, ao se utilizar da expressão "indenização" pelos danos morais, atém-se à noção de compensação, própria do instituto da responsabilidade civil.

São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, ou seja, prescinde da comprovação de culpa do agente, sendo suficiente a comprovação do nexo causal entre a conduta lesiva do Estado e o dano, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Ora, é evidente que os procedimentos adotados na época da ditadura militar tinham caráter excepcional, usando métodos e técnicas que na normalidade democrática não poderiam ser admitidos, assim gerando danos morais passíveis de indenização, na forma do artigo 37, § 6º, c/c artigo 5º, V e X, ambos da Constituição Federal.

Logo, os atos estatais narrados produziram mais do que inequívoca causalidade jurídica do dano, em termos de séria ofensa à honra, imagem, dignidade e integridade, tanto moral como psicológica, nos diversos planos possíveis, incluindo o pessoal, familiar, profissional e social.

No tocante à fixação do montante a título de indenização por danos morais, porém, algumas diretrizes hão de ser observadas, tais como a proporcionalidade à ofensa, a condição social e a viabilidade econômica do ofensor e do ofendido. Deve-se ter em conta, ademais, que a indenização não pode acarretar enriquecimento ilícito, nem representar valor irrisório.

Cabe destacar que o limite financeiro imposto no artigo 4º, § 2º, da Lei nº 10.559/2002 alcança unicamente a reparação econômica por dano material, concedida na via administrativa, e não o dano moral, reconhecido judicialmente.

Neste ponto da análise, a conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado majorar a indenização para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), alinhando-a ao entendimento jurisprudencial.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes deste Tribunal:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REGIME MILITAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICO. NÃO CUMULAÇÃO DO INDENIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DOS HERDEI-

ROS PARA POSTULAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A questão posta nos autos diz respeito à indenização por danos morais, pleiteada em face da União Federal, pelos herdeiros de Jocelin Manoel de Souza, falecido em 06.06.2004, perseguido, preso e torturado no período da ditadura Militar no Brasil. (...) 10. *Ademais, sabe-se que, em alguns casos, o dever de indenizar dispensa a prova objetiva do abalo moral, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano. Menciona-se, mesmo assim, que no caso em comento o abalo moral é inquestionável, visto que os autores tiveram sua dignidade humana violada por um dos meios mais atroz, qual seja, a tortura, prisão e perseguição por motivações políticas.* 11. Acerca da fixação da indenização por danos morais, é sabido que seu arbitramento deve obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, observando ainda a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, e a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e gravidade do dano, sem, contudo, incorrer em enriquecimento ilícito. Logo, frente à dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento, o STJ tem procurado definir determinados parâmetros, a fim de se alcançar um valor atendendo à dupla função, tal qual, reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. 12. *Destarte, reputo adequada a condenação da União Federal ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor dos autores, a título de indenização por danos morais*, incidindo correção monetária a partir desta decisão (Súmula 362 do STJ), e juros de mora a partir da citação, por ser nesse sentido a jurisprudência do C. STJ, havendo qualquer discussão em juízo em torno do direito resguardado pela Lei 9.140/95. 13. Fixo, então, os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre a condenação, a ser arcado pela União Federal. 14. *Apelação provida*". (AC 00114103720124036104, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REGIME MILITAR. PRELIMINAR SOBRE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AFASTADA. A REPARAÇÃO ADMINISTRATIVA DE DANOS DECORRENTES DE PERSEGUIÇÃO A ANISTIADO POLÍTICO, NÃO EXCLUI O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. PROVAS TRAZIDAS AOS AUTOS CAPAZES DE ENSEJAR O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. ANISTIA. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA. 1. O autor discute no feito direito à indenização por danos morais ocorridos em razão de perseguição e prisão sofridas no período de vigência do regime militar (R\$ 300.000,00) (...) 8. Na espécie, é evidente que o autor foi vítima do regime político instituído no país com o Golpe de 1964, sofrendo perseguições políticas e graves danos morais diante da ação promovida por órgãos e agentes de repressão. 9. *Considerando, deste modo, todas as humilhações suportadas pelo autor, bem como as dificuldades financeiras pelas quais passou durante anos - até poder voltar ao mercado de trabalho - o valor fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais, além de ser razoável e proporcional aos danos, se alinha à jurisprudência do E. STJ.* Precedentes. 10. *Apelação desprovida*". (AC 00016021720144036143, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

No que diz respeito à incidência dos consectários legais sobre o valor de indenização por dano moral, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de

Justiça a respeito do tema é no sentido de que os juros de mora, em caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir da data do evento danoso (Súmula 54 STJ), e a correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 STJ). Veja-se:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OPOSIÇÃO AO REGIME MILITAR INSTAURADO EM 1964. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DANOS MORAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. DESRESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HU-MANA. CARACTERIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. 1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribu-nal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submeti-das, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que "a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, que são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões" (AgInt no REsp 1.648.124/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 23/11/2018). 3. O incontroverso quadro fático delineado pela Corte de origem evidencia, de parte do Estado bra-sileiro pós-1964, a existência de perseguição, tortura, prisão e imposição de uma vida clandestina em desfavor dos autores recorrentes, ex-militares, isso tudo por motivação política, em contexto indicador de violação da dignidade da pessoa humana e, por isso, caracterizador da ocorrência de dano moral. 5. *Arbitramen-to, a esse título, de verba indenizatória para cada um dos autores recorrentes, a ser corrigida monetariamente a partir da data deste julgamento (Súmula 362/STJ), acrescida de juros de mora desde os eventos danosos (Súmula 54/STJ)*. 7. Recurso especial dos autores provido". (REsp 1.815.870/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 23/09/2019) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANISTIADO POLÍTICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO VALOR FIXADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI SUPOSTAMENTE VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDA-MENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO QUE DECIDE A CONTRO-VÉRSIA TAMBÉM SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS DECORRENTES DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NA ÉPOCA DA DITADURA MILITAR. ANISTIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA DECORRENTE DA LEI 10.559/02. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO POLÍTICA COMPROVADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSI-BILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 54/STJ. REDUÇÃO DO VALOR FIXA-DO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. O Agravo de Aramy Viterbo Santolim não merece ser provido, uma vez que o agravante deixou de indicar, de forma inequívoca, os dispositivos legais supostamente violados pelo v. acórdão impugnado, o que caracteriza deficiência na fundamentação recursal, conforme a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, in verbis: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir

a exata compreensão da controvérsia”. Ademais, cumpre ressaltar que, mesmo que o apelo nobre seja interposto exclusivamente pela divergência jurisprudencial, deve a parte recorrente apontar de maneira clara e precisa que artigo de lei federal foi, no seu entender, interpretado de forma equívoca pela Corte de origem, o que não ocorreu na espécie. 2. Quanto ao Recurso Especial da União, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. 3. Acerca da prescrição, o Tribunal de origem considerou a imprescritibilidade da pretensão por se tratar de demanda que busca salvaguardar a dignidade da pessoa humana diante de atos que importem ofensa aos direitos da personalidade, tais como atos ilícitos praticados por agentes do Estado durante o regime militar. Contudo, contra o aresto impugnado foi interposto unicamente o presente Recurso Especial, deixando a ora recorrente de apresentar Recurso Extraordinário ao STF. Permanecem incólumes os fundamentos constitucionais do decisório recorrido, suficientes para mantê-lo. Incide o óbice da Súmula 126/STJ. 4. O entendimento firmado do STJ é de que a reparação econômica realizada pela União decorrente da Lei 10.559/02 não se confunde com a reparação por danos morais prevista no art. 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Com relação ao preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício, melhor sorte não assiste à parte. Isso porquanto o acórdão recorrido entendeu tratar-se de prisão com motivação exclusivamente política, não podendo o STJ, em Recurso Especial, alterar esse entendimento, uma vez que exige revolvimento de matéria fática e probatória. Incide, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ. 6. *Quanto aos juros moratórios, a orientação do STJ é a de que estes incidem desde a data do evento danoso, na hipótese de responsabilidade extracontratual (Súmula 54/STJ).* 7. Como regra, não se conhece de Recurso Especial no qual se discute a majoração ou a redução do valor dos honorários advocatícios fixados na origem, por demandar a análise dos fatos e provas que emergem dos autos, o que é vedado por força da aplicação da Súmula 7/STJ, exceto nos casos em que o valor se mostrar exorbitante ou irrisório, o que não é o caso dos autos, em que foi fixado em montante razoável para a matéria discutida nos autos e o trabalho desenvolvido pelos causídicos. 8. Por fim, a apreciação, em Recurso Especial, do quantitativo em que autor e réu saíram vencedores ou vencidos na demanda, bem como a existência de sucumbência mínima ou recíproca, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 9. Agravo de Aramy Viterbo Santolim não provido. Recurso Especial da União parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido”. (REsp 1.778.207/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 23/04/2019) (grifei)

Diante disso, não merece prosperar a pretensão da União de que tanto os juros moratórios quanto a correção monetária passem a incidir somente a partir da data do arbitramento, pois o entendimento firmado no REsp 1.485.260/PR era minoritário e já se encontra superado.

E mais, no dia 22.02.2018, a 1ª seção do e. STJ julgou repetitivo (REsp 1.492.221) que discutia a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora.

Consignou-se no julgamento que, as condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: "(a) 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) 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) 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”.

À vista disso, no caso em apreço, os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso (junho de 1981), conforme ID 257237202 - Pág. 2-4, e a correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), com base nos índices acima mencionados.

Pretende a parte ré, ainda, a reforma da sentença para que conste parcial procedência do pedido inicial e, conseqüentemente, seja invertido o ônus de sucumbência, todavia, melhor sorte não lhe assiste.

Nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode reconhecer a sucumbência recíproca, pois, nesses casos, a sucumbência está ligada ao reconhecimento ou não do pedido, e não ao *quantum* arbitrado pelo juízo, nos termos da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. USO INDEVIDO DA IMAGEM DE ATLETA EM JOGOS ELETRÔNICOS. ART. 1.022 DO NCPC. ART. 206, § 3º, V, DO CC/02. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO CONTINUADA. ATO ILÍCITO DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL CONFIGURADO. REFORMA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. REVISÃO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AFASTAMENTO DA SÚMULA Nº 326 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O termo inicial do prazo prescricional relativo ao dano provocado à imagem do indivíduo dá-se em cada publicação não autorizada, renovando-se, assim, o referido prazo na hipótese de um novo ato ilícito. Precedentes. 3. A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a sua mera utilização sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido. 4. O valor total fixado para a indenização por danos morais, qual seja, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), não se mostra excessivo a justificar a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, ante a incidência da Súmula nº 7 desta Corte. 5. “Segundo o entendimento consolidado desta Corte, na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca” (Súmula nº 326 do STJ) [AgInt no AREsp 1.644.368/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/8/2020, DJe 26/8/2020]. 6. Agravo interno não provido”. (AgInt no REsp n. 1.909.979/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/10/2021, DJe de 28/10/2021) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal local concluiu pela responsabilidade da concessionária de energia elétrica, no caso, e pelo cabimento da condenação em danos morais, nesses termos: "No caso dos autos, os danos morais são incontroversos e decorrem do próprio fato. A situação vivenciada (cerca de 6 dias sem luz) ultrapassa o mero aborrecimento ou incômodo cotidiano à vida em sociedade, evidenciando desconsideração absoluta à personalidade do consumidor. Portanto, recomendam aplicação de uma indenização com função dissuasória, isto é, com finalidade pedagógico-punitiva a fim de evitar-se repetidos acontecimentos, o que se faz oportunamente". 3. Para analisar a tese da recorrente seria necessário o revolvimento dos fatos e provas produzidas na origem, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 4. *Não ocorre sucumbência recíproca na hipótese em que a condenação é fixada em montante inferior ao postulado na inicial, segundo o que dispõe a Súmula 326 do STJ*. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido". (REsp n. 1.791.371/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/5/2019, DJe de 29/5/2019.) (grifei)

Por fim, com relação aos honorários advocatícios, a condenação da União se deu de forma correta, com fundamento no artigo 85, § 3º, I, do CPC; entretanto, devido à incidência de juros e correção monetária, não é possível saber, neste momento, o valor exato da condenação, a ser apurado na fase de liquidação, o que implica, necessariamente, na aplicação do § 5º do supracitado dispositivo legal (honorários escalonados).

De fato, a legislação processual foi expressa, no artigo 85, § 3º, do CPC, ao fixar percentuais específicos para o arbitramento de honorários envolvendo a Fazenda Pública, os quais devem ser observados.

Considerando, então, o trabalho adicional do causídico da parte autora, majoro a verba honorária sucumbencial de 10% (dez por cento) para 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/2015.

Ante o exposto, voto por *NEGAR PROVIMENTO* à apelação da União e *DAR PROVIMENTO* à apelação do autor para majorar a indenização por dano moral, fixar os juros de mora a partir da data do evento danoso (junho de 1981) e arbitrar os honorários sucumbenciais recursais (art. 85, § 11, CPC).

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5006636-03.2022.4.03.0000

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
 Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/08/2022

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO MEDIANTE O QUAL FOI NOMEADO NOVO CHEFE DE COORDENAÇÃO TÉCNICA LOCAL DA FUNAI. CONSULTA PRÉVIA ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS LOCAIS: DESNECESSIDADE. ATO INCAPAZ DE IMPLEMENTAR OU ALTERAR POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS AOS POVOS INDÍGENAS. CONVENÇÃO 169 DA OIT: INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO.

1. Na origem, cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o intuito de ter declarada a nulidade da Portaria nº 30/2021, mediante a qual Enio Rodrigues da Silva foi nomeado para o cargo de Chefe da Coordenação Técnica Local – CTL da FUNAI em Corumbá/MS, bem como para que seja realizada consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas da região, em conformidade com o artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT, para as futuras nomeações ao referido cargo.

2. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT foi internalizada ao direito pátrio por meio do Decreto nº 5.051/2004, posteriormente revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, que consolidou os atos normativos relacionados a convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil. Compreendendo-se que dispõe sobre direitos humanos, já que seu objeto são os direitos de indígenas e povos tribais, caracteriza-se como norma de *status* constitucional.

3. O artigo 6º da referida Convenção estabelece o dever de os governos consultarem os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e através de instituições representativas, acerca de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Desse modo, subentende-se que a realização de consulta prévia fica adstrita a situações de implementação ou modificação de políticas públicas direcionadas aos povos indígenas.

4. No caso dos autos, o ato administrativo que se pretende anular trata de nomeação para cargo de chefia regional, o que não permite presumir que do referido ato, em si, decorra qualquer modificação concreta na esfera de direitos e interesses dos povos indígenas abrangidos pela Coordenação Técnica Local – CTL da FUNAI em Corumbá/MS. Precedente.

5. Desnecessária a realização de consulta pública nos moldes do artigo

6º da Convenção nº 169 da OIT no caso concreto, uma vez que o ato administrativo combatido não tem o condão de implementar ou alterar políticas públicas direcionadas aos povos indígenas.

6. Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, para cassar a tutela de urgência concedida nos autos originários, e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI contra a decisão que, nos autos de ação civil pública, determinou que a FUNAI, (i) no prazo de trinta dias, inicie procedimento de consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas locais, nos termos do disposto no art. 6º da Convenção nº 169 da OIT, para nomeação de outro Chefe da Coordenação Técnica Local – CTL, e apresente cronograma de trabalho indicando a data prevista para sua finalização, sob pena de multa no valor de R\$10.000,00 em caso de atraso; (ii) mantenha Enio Rodrigues da Silva como Chefe da CTL, em caráter interino, até a finalização do processo de consulta determinado no item anterior, em observância ao princípio da continuidade do serviço público; e, acolhendo parcialmente embargos de declaração, determinou que o procedimento seja conduzido por antropólogo capacitado da FUNAI, ao qual caberá identificar a forma de consulta adequada aos povos envolvidos.

Alega a agravante, em síntese, a inaplicabilidade do artigo 6º, I, “a”, da Convenção nº 169 da OIT ao caso concreto, porquanto descaberia consulta prévia aos povos indígenas em caso de medida que visa à organização político-administrativa de unidade descentralizada da FUNAI, uma vez que a nomeação de chefe de Coordenação Técnica Local não estaria caracterizada como medida capaz de afetar direta e concretamente os direitos dos indígenas da localidade. Sustenta, ainda, que as nomeações para cargos de direção e assessoramento superior no âmbito da FUNAI seriam regidas pelo artigo 37, inciso II, da Constituição da República, à qual não se poderia sobrepor a Convenção 169 da OIT.

Contra a decisão que deferiu o efeito suspensivo (ID 254665168), a parte agravada interpôs agravo interno (ID 255788037).

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta (ID 255786309).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Na origem, cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o intuito de ter declarada a nulidade da Portaria nº 30/2021, mediante a qual Enio Rodrigues da Silva foi nomeado para o cargo de Chefe da Coordenação Técnica Local – CTL da FUNAI em Corumbá/MS, bem como para que seja realizada consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas da região, em conformidade com o artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT, para as futuras nomeações ao referido cargo.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT foi internalizada ao direito pátrio por meio do Decreto nº 5.051/2004, posteriormente revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, que consolidou os atos normativos relacionados a convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil. Compreendendo-se que dispõe sobre direitos humanos, já que seu objeto são os direitos de indígenas e povos tribais, caracteriza-se como norma de *status* constitucional.

O artigo 6º da referida Convenção estabelece o dever de os governos consultarem os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e através de instituições representativas, acerca de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Desse modo, subentende-se que a realização de consulta prévia fica adstrita a situações de implementação ou modificação de políticas públicas direcionadas aos povos indígenas. Veja-se:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
 - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
 - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

No caso dos autos, o ato administrativo que se pretende anular trata de nomeação para cargo de chefia regional, o que não permite presumir que do referido ato, em si, decorra qualquer modificação concreta na esfera de direitos e interesses dos povos indígenas abrangidos pela Coordenação Técnica Local – CTL da FUNAI em Corumbá/MS.

Nesse sentido já decidiu a Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INDÍGENA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXONERAÇÃO DE COORDENADOR REGIONAL DA FUNAI, COM A NOMEAÇÃO DE OUTRO PARA O MESMO CARGO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 6º, 1, "a", DA CONVENÇÃO N. 169 DA OIT, POR NÃO HAVER CONSULTA AOS INDÍGENAS INTERESSADOS. DESCABIMENTO. MEDIDA ADMINISTRATIVA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFETÁ-LOS DIRETAMENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE COMO OS INDÍGENAS SERÃO AFETADOS PELA MERA SUBSTITUIÇÃO DA COORDENADORIA. NECESSIDADE DE SE OBSERVAR A POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOMEAR E PREENCHER OS SEUS CARGOS EM COMISSÃO (ART. 37, INCISOS I, II E V, TODOS DA CF/1988). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. AGRAVO LEGAL PREJUDICADO.

1. O MPF ajuizou ação civil pública com a finalidade de suspender os efeitos do ato de exoneração de Cristiano Vieira Gonçalves Hutter do cargo de Coordenador Regional Litoral Sudeste da FUNAI e de nomeação de Roberto Cortez de Sousa para o mesmo cargo, reintegrando-se Cristiano Vieira Gonçalves Hutter ao cargo, ao argumento de que houve vício de legalidade em tais atos administrativos, consistentes na ausência de consulta aos povos indígenas interessados, na forma do art. 6º da Convenção n. 169 da OIT.

2. A Convenção n. 169 da OIT cuida dos direitos dos indígenas e dos povos tribais, não se limitando a tutelar direitos trabalhistas destes povos, mas abordando outras prerrogativas. Mencionada Convenção foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, de maneira que as suas normas integram nosso sistema jurídico.

3. Como se percebe pela dicção art. 6º, 1, "a", da mencionada Convenção, a consulta aos povos interessados somente deve ocorrer quando estejamos diante de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Quer isso significar que a consulta aos povos indígenas não deve ocorrer em toda e qualquer situação em que houver a adoção de uma medida legislativa ou administrativa que cuide de matéria indígena, mas apenas naquelas situações em que seus interesses restarem substancialmente afetados.

4. No caso em comento, a realização da consulta não se fazia imperativa, uma vez que a mera exoneração de uma pessoa do cargo de Coordenador Regional, com a nomeação de outra pessoa para ocupar o mesmo cargo, não revela, só por só, restrição ou limitação de direitos indígenas, nem ao menos propensão a isso. Houvesse um ato concreto do novo Coordenador a evidenciar uma mínima possibilidade de afetar os povos indígenas, estar-se-ia numa situação diferente, mas a nomeação de um novo dirigente, desacompanhada de qualquer outra circunstância, não compreende contexto a justificar a consulta aos povos indígenas, pois não se cogita de qualquer prejuízo aos seus interesses pela mera troca de comando.

5. Note-se, a propósito, que nada foi apresentado em relação ao novo Coordenador que o desabone para o exercício das funções públicas que terá de desempenhar, havendo apenas alegações do MPF em abstrato aduzindo a necessidade da consulta. De mais a mais, deve-se salientar que, sendo uma norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção n. 169 da OIT precisa observar as demais normas jurídicas que integram o nosso sistema jurídico, sobretudo o texto constitucional. A Carta da República de 1988 preceitua, em seu art. 37, incisos I, II e V, que faz parte da lógica ínsita à Administração Pública a nomeação de pessoas para ocuparem cargos em comissão ou para exercerem funções de confiança, cabendo à autoridade nomeante certa discricionariedade quanto a isso, desde que preenchidos os pressupostos e condições legais.

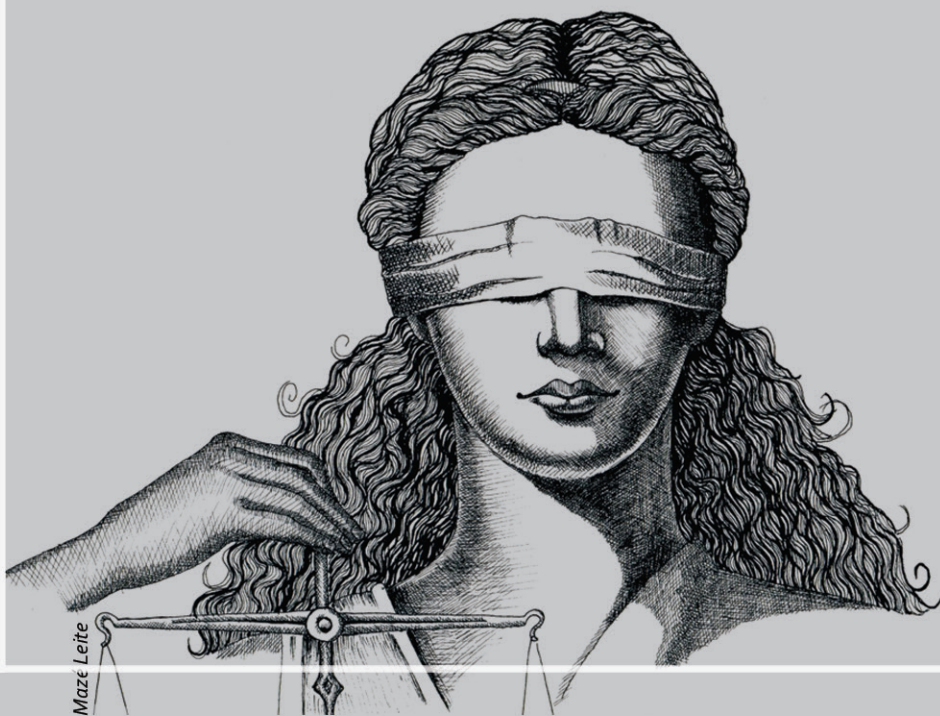
6. A consulta pública a que se refere a Convenção n. 169 da OIT não pode ser lida de tal forma a impedir a livre nomeação de pessoas para o exercício de cargos em comissão, pena de se permitir que uma norma que ingressa em patamar infraconstitucional em nosso sistema jurídico se sobreponha ao próprio texto constitucional, o que não se admite. Em verdade, é plenamente viável conciliar todas estas disposições, partindo-se da premissa de que a consulta aos povos interessados deve ser feita para situações mais concretas de possível atingimento de direitos indígenas, o que não inclui, por ausência de repercussão mais concreta, a mera nomeação de Coordenador para compor a FUNAI.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo legal prejudicado. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003271-09.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 08/09/2020, Intimação via sistema DATA: 15/09/2020)

Desse modo, mostra-se desnecessária a realização de consulta pública nos moldes do artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT no caso concreto, uma vez que o ato administrativo combatido não tem o condão de implementar ou alterar políticas públicas direcionadas aos povos indígenas.

Ante o exposto, voto por *dar provimento* ao agravo de instrumento, para cassar a tutela de urgência concedida nos autos originários. *Prejudicado* o agravo interno.

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0004724-45.2015.4.03.6000

Apelante: ADELINO MARQUES
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 02/08/2022

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LAVAGEM DE CAPITAIS. ART. 1º, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.613/98. CRIME ANTECEDENTE. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. TENTATIVA. MOEDAS ESTRANGEIRA E NACIONAL. TRANSPORTE. OCULTAÇÃO. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO GENÉRICO. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Materialidade, autoria e dolo comprovados para ambos os crimes.
2. A prova do crime antecedente não precisa ser direta, pois, pelo princípio do livre convencimento, o juiz forma sua convicção em razão de todo o conjunto probatório, que é constituído por provas diretas e indiretas ou exclusivamente por um desses tipos e deve ser robusto o suficiente para permitir ao juiz formar sua convicção acerca da existência do crime antecedente. Deve o juiz, enfim, mostrar claramente as razões pelas quais fundamenta sua convicção sobre a existência da infração antecedente.
3. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que, “[p]or definição legal, a lavagem de dinheiro constitui crime acessório e derivado, mas autônomo em relação ao crime antecedente, não constituindo post factum impunível, nem dependendo da comprovação da participação do agente no crime antecedente para restar caracterizado” (REsp 1.342.710/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.04.2014, DJe 02.05.2014).
4. O apelante e o corréu tinham o nítido propósito de reciclar o capital, conferindo ao produto obtido de forma criminosa uma aparência lícita, não tendo conseguido concretizar o ato de lavagem de valores por circunstâncias alheias à sua vontade.
5. A versão defensiva de que os acusados não tinham intenção de transpor a fronteira entre o Brasil e a Bolívia é incompatível com as circunstâncias dos fatos comprovados nos autos. Isso porque o valor apreendido é muito superior ao que costuma ser utilizado em uma viagem de turismo, não havendo provas consistentes de que os acusados realmente pretendessem comprar veículos na cidade de Corumbá (MS), por ser supostamente mais vantajosa essa aquisição.
6. Dosimetria das penas mantida. Mantido o perdimento do montante apreendido.
7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por maioria, decidiu NEGAR PROVIMENTO à apelação, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS, vencido o DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI que dava provimento à apelação da defesa de Adelino para absolvê-lo das imputações constantes da denúncia, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, com a consequente liberação do valor apreendido (R\$ 23.000,00), que fora atribuído ao ora apelante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por ADELINO MARQUES em face da sentença proferida pela 3ª Vara Federal de Campo Grande (MS) que o condenou à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática, em concurso material (CP, art. 69), dos crimes previstos no art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98 e no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, ambos na forma tentada (CP, art. 14, II).

O corréu FERNANDO FERREIRA ORTEGA foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 (catorze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática, em concurso material (CP, art. 69), dos crimes previstos no art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98 e no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, ambos na forma tentada (CP, art. 14, II).

Com fundamento no art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98 e no art. 91 do Código Penal, foi decretado o perdimento dos valores apreendidos em favor da União, correspondentes a US\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 52.120,00 (cinquenta e dois mil e cento e vinte reais).

A denúncia (ID 167323902, pp. 3/8), recebida em 28.07.2016 (idem, pp. 162/163), narra:

Na data de 19 de outubro de 2014, os denunciados *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA*, na rodovia BR 262, Km 600, em frente ao Posto Guai-curus, sentido Corumbá, foram presos em flagrante delito, quando, em unidade de desígnios dolosos, tentavam promover, sem autorização legal, a saída de US\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 52.120,00 (cinquenta e dois mil, cento e vinte reais) escondidos no veículo VW/GOL, cor preta, placa HTV 5166/MS. Na mesma data e local, os denunciados, agindo em concurso, tentaram ocultar, mediante transposição de fronteira seca, a localização de dinheiro em espécie que sabiam ser proveniente direta ou indiretamente de tráfico de drogas. Segundo consta dos autos, Policiais Rodoviários Federais durante fiscalização de rotina abordaram o veículo VW/GOL, cor preta, placa HTV 5166/MS, conduzido por Vicente Aparecido Lopes da Silva, que estava acompanhado dos denunciados *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA*.

Após vistoria no interior do veículo, foram inicialmente localizados dentro de um saco de mercado, escondidos em uma rede de descanso, os dólares e parte da quantia em reais. Procedida busca mais detalhada, foram encontrados dentro do porta-luvas e no interior de uma bolsa, enrolado nas roupas, o restante da quantia arrecadada em reais.

O denunciado *ADELINO MARQUES* assumiu a propriedade de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais). Os U\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 29.120,00 (vinte e nove mil, cento e vinte reais) são de propriedade do denunciado *FERNANDO PEREIRA ORTEGA* (conforme termos de declarações de f. 9/10 e 11/12 e auto de apresentação e apreensão, f. 13/14).

Questionados sobre a origem do dinheiro e o motivo da viagem, os denunciados apresentaram versões discordantes e pouco factíveis.

[...]

Enfim, não souberam justificar o motivo pelo qual levavam expressiva quantidade de dinheiro em moeda corrente e dólares americanos com destino a região de fronteira para supostamente comprar uma moto e um veículo. Frise-se que os denunciados sequer haviam realizado qualquer tratativa inicial com os “supostos vendedores” dos veículos.

Corumbá/MS é cidade situada na fronteira Brasil/Bolívia, conhecida rota de tráfico internacional de drogas, onde o dinheiro ilícito que ali circula não se submete a controle estatal. Forçoso convir que a vultosa quantia de dinheiro apreendida deixaria facilmente o território nacional.

Restou apurado, ainda, que *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA* tentavam ocultar, mediante transposição de fronteira, localização de dinheiro proveniente de infração penal, no caso, tráfico internacional de drogas.

Conforme consta dos autos, *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA* transportavam U\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 52.120,00 (cinquenta e dois mil, cento e vinte reais) com destino ao município de Corumbá/MS, área de fronteira e conhecida rota de entrada de drogas no estado do Mato Grosso do Sul.

Os denunciados possuem envolvimento com o tráfico de entorpecentes. *ADELINO MARQUES*, inclusive, encontra-se em liberdade condicional pelo crime de tráfico. Outrossim, ainda que possuam ocupação lícita, a quantia apreendida em poder de ambos é incompatível com suas rendas.

A sentença (ID 167326827, pp. 62/88) foi publicada em 21.06.2018 (idem, p. 89).

Em suas razões (ID 167326827, pp. 122/131), a defesa requer a absolvição do réu com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, com a consequente devolução dos valores apreendidos. Argumenta que a acusação não comprovou que o dinheiro encontrado em sua posse tinha origem ilícita, bem como a intenção de transpor as fronteiras do país. Sustenta serem frágeis as provas que embasaram a condenação, devendo ser absolvido o réu com base no princípio *in dubio pro reo*, e por falta de comprovação do crime antecedente.

Foram apresentadas contrarrazões (ID 167326827, pp. 136/137).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento da apelação (ID 167326827, pp. 140/145).

É o relatório.

À revisão.

VOTO*O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):*

Trata-se de apelação interposta por ADELINO MARQUES em face da sentença que o condenou pela prática, em concurso material, dos crimes de lavagem de dinheiro e de evasão de divisas, ambos na forma tentada. A sentença condenatória transitou em julgado para FERNANDO PEREIRA ORTEGA (ID 167326827, p. 102).

Lavagem de capitais

A *materialidade* está devidamente comprovada pelo auto de apresentação e apreensão (ID 167312066, pp. 16/17) e demais documentos que compõem o inquérito policial, que indicam a tentativa de ocultação do dinheiro encontrado em posse dos acusados, em fiscalização realizada pela Polícia Rodoviária Federal em 19.10.2014 (idem, pp. 18/19), bem como a sua origem ilícita.

O delito de lavagem ou ocultação de bens, dinheiros e valores atribuído ao apelante e ao corréu consiste na tentativa de ocultação e dissimulação da origem dos valores provenientes do crime de tráfico transnacional de drogas.

A prova do crime antecedente não precisa ser direta, pois, pelo princípio do livre convencimento, o juiz forma sua convicção em razão de todo o conjunto probatório, que é constituído por provas diretas e indiretas ou exclusivamente por um desses tipos e deve ser robusto o suficiente para permitir ao juiz formar sua convicção acerca da existência do crime antecedente. Deve o juiz, enfim, mostrar claramente as razões pelas quais fundamenta sua convicção sobre a existência da infração antecedente.

No caso, segundo a denúncia, o crime antecedente ao de lavagem de capitais imputado ao apelante e ao corréu, dos quais os valores transportados por eles seriam provenientes, é o crime de tráfico transnacional de drogas apurado na Ação Penal nº 0000889-47.2009.4.03.6000. Nesses autos (ID 167323902, pp. 17/39), o apelante foi condenado - em 10.08.2010 - pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas (art. 33, *caput*, c.c. art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006).

Não há, para fins do reconhecimento do delito de lavagem de dinheiro, qualquer dúvida acerca da existência do crime antecedente.

Para a caracterização da lavagem de dinheiro, basta a comprovação de que os bens, direitos ou valores nela envolvidos sejam provenientes de uma infração penal prévia, pouco importando se foram ou não praticados pelos mesmos agentes. Aliás, a responsabilidade penal pelo crime de lavagem subsiste, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente (Lei nº 9.613/98, art. 2º, § 1º, em sua redação original).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que, “[p]or definição legal, a lavagem de dinheiro constitui crime acessório e derivado, mas autônomo em relação ao crime antecedente, não constituindo *post factum* impunível, nem dependendo da comprovação da participação do agente no crime antecedente para restar caracterizado” (REsp 1.342.710/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.04.2014, DJe 02.05.2014).

No caso, ficou comprovado que o apelante e o corréu FERNANDO PEREIRA ORTEGA, cientes da origem criminosa dos valores auferidos com a prática do trá-

fico transnacional de drogas, tentaram ocultar e dissimular a procedência desse montante, mediante a transposição de fronteiras e aquisição de bens móveis no exterior.

A *autoria* está igualmente comprovada pela prova oral produzida em contraditório judicial (ID 221551073), apesar da negativa dos réus, que apresentaram versão inverossímil para a origem do numerário apreendido. A propósito, transcrevo os seguintes trechos da sentença (ID 167326827, pp. 72 e 76):

Pois bem. A versão apresentada por Fernando para justificar os valores com ele apreendidos (a venda de um terreno de sua mãe) não foram confirmados por Julio César Soares Calado (termo de declaração de fls. 37-38 — IPL n. 0556/2014), pois a aquisição da posse do terreno de Ivani Pereira (mãe de Fernando) foi pela quantia de R\$ 15.000,00 para ela, e de R\$ 3.500,00, para o ex-marido. Julio César informou que o valor acordado foi pago em partes, dividido entre o namorado de Ivani, outra para Fernando e o restante para nora de Ivani, conforme se denota do contrato particular de cessão e transferência de posse e recibos (fls. 54-60 e 62-68). Nesse toar, é nítido que “a parte” de Fernando não contemplaria tal valor, e que o esclarecimento sobre a venda do terreno foi provavelmente a resposta encontrada para tentar explicar as razões pelas quais havia tanto dinheiro sendo transportado irregularmente.

Da mesma forma, a versão apresentada por Adelino também não está demonstrada, eis que o contrato de compra e venda de veículo, aparentemente firmado em 15/05/2013, traz o reconhecimento de firma datado de 10/12/2014. Além disso, os valores recebidos por ele, em razão de trabalho remunerado, também não atingem a renda mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais), como declarado em depoimento extrajudicial, o que dificulta a compreensão de que tivesse, imaginando-se os gastos regulares com alimentação, moradia entre todos os outros, para ter valores tais como suas economias.

[...]

A versão apresentada pelos acusados não se sustenta, diante das robustas provas colhidas nos autos, tais como o contrato particular de cessão e transferência de posse e recibos de pagamento apresentados por Julio César Soares Calado (fls. 54-68), contrato de compra e venda de veículo, CTPS e holerites apresentados por Adelino Marques (fls. 32 e 34- 36), os depoimentos testemunhais e a própria situação de abordagem policial. Ressalta-se que os acusados não apresentaram prova suficiente que pudesse indicar a origem lícita dos valores transportados, tampouco justificam quais motivos os levaram a transportar elevadas quantias em espécie, quando poderiam facilmente movimentá-las pelo sistema financeiro nacional.

Cabe à acusação a produção das provas que corroborem a materialidade, a autoria e o elemento subjetivo do tipo penal, relativamente à imputação feita na denúncia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Contudo, deflui desse mesmo texto que incumbe à defesa, ao apresentar versão distinta dos fatos, fazer prova ou, ao menos, trazer elementos que levantem dúvida razoável acerca do quanto sustentado pela acusação. Trata-se de uma “via de mão dupla”, estabelecendo o ônus probatório à parte que alega, seja a acusação ou a defesa.

No caso, a prova da origem lícita dos valores apreendidos na posse do apelante caberia à defesa, diante das circunstâncias em que ocorrera a apreensão

desse numerário, que estava sendo transportado de forma oculta, dificultando a fiscalização.

Assim, as provas de autoria existentes são suficientes para trazer ao julgador o juízo de certeza necessário para a condenação, não havendo que se falar em *in dubio pro reo*.

Também não há dúvida acerca do *elemento subjetivo do tipo*. O apelante e o corréu FERNANDO tinham o nítido propósito de reciclar esse capital, conferindo ao produto obtido de forma criminosa uma aparência lícita, não tendo conseguido concretizar o ato de lavagem de valores por circunstâncias alheias à sua vontade. Como ressaltado pelo juízo *a quo*, a suposta venda de veículos e terrenos não constitui justificativa plausível para a expressiva quantia apreendida, sendo a única explicação viável, no contexto dos autos, é a de que esses valores tinham origem no tráfico de drogas que fora praticado pelo apelante. Com a remessa desse dinheiro para o exterior e, posteriormente, com a aquisição de bens, o apelante e seu cúmplice pretendiam distanciar a origem criminosa dos ativos, conferindo-lhes uma aparente legalidade.

Portanto, comprovadas a materialidade, a autoria e o dolo, *mantenho a condenação* de ADELINO MARQUES pela prática, na forma tentada, do crime previsto no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, nos termos da denúncia.

Evasão de divisas

A *materialidade* está devidamente comprovada pelo auto de apresentação e apreensão (ID 167312066, pp. 16/17) e demais documentos que compõem o inquérito policial, os quais indicam a tentativa de se efetuar a saída do País, sem autorização legal ou declaração à repartição federal competente, do dinheiro em espécie encontrado com os acusados por ocasião da fiscalização feita pela Polícia Rodoviária Federal em 19.10.2014 (*idem*, pp. 18/19). Os valores apreendidos com os réus correspondem a U\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares americanos) e R\$ 52.120,00 (cinquenta e dois mil cento e vinte reais) e estavam escondidos no veículo VW Gol, cor preta, placas HTV-5166.

A *autoria* está igualmente comprovada pela prova oral produzida em contraditório judicial (ID 221551073), apesar da negativa dos réus.

A testemunha Thiago Castro Valdieiro, policial rodoviário federal que participou da apreensão do numerário, confirmou em juízo (ID 221552182) as declarações que prestara no inquérito policial. Declarou que, em fiscalização de rotina, efetuou a abordagem dos réus e a vistoria do veículo, onde foi encontrada a quantia apreendida. Também disse que os acusados não esclareceram o que iriam fazer com o dinheiro, sendo que apenas um deles disse que compraria uma motocicleta.

A versão defensiva de que os acusados não tinham intenção de transpor a fronteira entre o Brasil e a Bolívia é incompatível com as circunstâncias dos fatos comprovados nos autos. Isso porque o valor apreendido é muito superior ao que costuma ser utilizado em uma viagem de turismo, não havendo provas consistentes de que os acusados realmente pretendessem comprar veículos na cidade de Corumbá (MS), por ser supostamente mais vantajosa essa aquisição.

Também não há dúvida acerca do *elemento subjetivo do tipo*, consistente na vontade livre e consciente do apelante e do corréu de promover a saída de moeda

nacional e estrangeira do País sem autorização legal ou declaração à autoridade competente, o que somente não se concretizou por circunstâncias alheias à sua vontade.

Em razão disso, não há que se falar em mero transporte de moeda em espécie na região de fronteira, mas em conduta que se amolda ao tipo penal descrito no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, constituindo crime contra o sistema financeiro nacional. A título exemplificativo, trago o seguinte precedente:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. TENTA-TIVA DE EVASÃO DE DIVISAS. PROMOVER, SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL, A SAÍDA DE MOEDA OU DIVISA PARA O EXTERIOR. PROVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. REPROVAÇÃO. ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. UTILIZAÇÃO DE CONDUTA PRATICADA DEPOIS DO CRIME APURADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVO VERDADEIRO DO DELITO. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. AFASTAMENTO. PENA DE MULTA. DESPROPOR-CIONALIDADE.

1. Pratica crime contra o Sistema Financeiro Nacional, tipificado no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86, o agente que promover a saída de moeda do território nacional sem autorização legal, salvo nas hipóteses em que a norma legal permite o porte de valores sem a necessidade da mencionada autorização.

2. As circunstâncias do fato - réu preso na região de fronteira do Brasil com a Bolívia e transportando US\$ 138.000,00 e R\$ 38.008,00, sem conseguir explicar plausivelmente a origem e o destino de tamanho montante - R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em valores da época -(versão segundo a qual venderia a moeda norte-americana a 'sacoleiros' e camelôs [de um lugarejo ínfimo e muito pobre, mas localizado perto da Bolívia, porque conheceu o modus operandi dos referidos 'comerciantes' e achou que poderia fazer um bom negócio] -, permitem concluir que se tratava de tentativa de evasão de divisas, supostamente para o tráfico de drogas, sobretudo porque o acusado, após obter neste autos liberdade provisória mediante fiança, foi preso por tráfico de 32 Kg de cocaína.

3. A culpabilidade é mais gravosa quando se constata que a conduta extrapolou o normalmente esperado para o tipo, haja vista os valores na posse do réu ex-cederem mais de quatorze vezes o limite legal permitido para o porte de moeda estrangeira, com vistas à saída do Brasil sem a necessidade de autorização legal.

4. Conforme o Verbete 444 do STJ é inviável a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

5. A prática de conduta criminoso posterior ao fato apurado no presente feito não pode servir de fundamento para agravar as penas-base com fulcro em maus antecedentes.

6. As penas de multa devem ser proporcionais às privativas de liberdade. (pre-cedentes)

7. Apelação parcialmente provida.

(TRF1, ACR 0000049-49.2014.4.01.3601, Rel. Desembargador Federal Ney Bello, Terceira Turma, e-DJF1 05.03.2018)

Portanto, comprovadas a materialidade, a autoria e o dolo, *mantenho a condenação* de ADELINO MARQUES pela prática, na forma tentada, do crime previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, nos termos da denúncia.

Passo ao reexame da *dosimetria da pena* aplicada ao apelante.

Lavagem de capitais

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mínimo legal, porque não considerou negativa nenhuma das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que confirmo.

Na *segunda fase*, o juízo não reconheceu circunstâncias atenuantes e reconheceu a circunstância agravante da reincidência (CP, art. 61, I), na fração de 1/6 (um sexto), em razão de condenação preexistente com trânsito em julgado, o que confirmo, ficando a pena intermediária em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na *terceira fase*, o juízo não aplicou nenhuma causa de aumento de pena e aplicou a causa de diminuição relativa à tentativa (CP, art. 14, II), na fração mínima de 1/3 (um terço), tendo em vista que o *iter criminis* percorrido esteve próximo da consumação, o que confirmo, ficando a pena definitiva mantida em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 7 (sete) dias-multa.

Em relação à pena de multa, observo que não deveria ficar abaixo do mínimo legal (CP, arts. 49 e 72), mas como o recurso é exclusivo da defesa, assim fica mantida.

Evasão de divisas

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mínimo legal, porque não considerou negativa nenhuma das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que confirmo.

Na *segunda fase*, o juízo não reconheceu circunstâncias atenuantes e reconheceu a circunstância agravante da reincidência (CP, art. 61, I), na fração de 1/6 (um sexto), em razão de condenação preexistente com trânsito em julgado, o que confirmo, ficando a pena intermediária em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na *terceira fase*, o juízo não aplicou nenhuma causa de aumento de pena e aplicou a causa de diminuição relativa à tentativa (CP, art. 14, II), na fração de 1/2 (metade), tendo em vista a distância até a fronteira, onde ocorreria a consumação do delito, o que confirmo, de modo que a pena definitiva fica mantida em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.

Observo, em relação à pena de multa, que não deveria ficar abaixo do mínimo legal (CP, arts. 49 e 72), mas como o recurso é exclusivo da defesa, assim fica mantida.

Concurso material

Tendo ocorrido concurso material (CP, art. 69), as penas foram somadas, resultando na pena total definitiva de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, que mantenho, ficando igualmente mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Mantenho o *regime semiaberto* para início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 33, §§ 2º, "b", e 3º) porque, apesar de a pena aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos, o apelante é reincidente, o que impede a fixação de regime menos gravoso (Súmula nº 269 do STJ), não sendo possível a substituição dessa pena por restritivas de direitos, por falta dos pressupostos legais (CP, art. 44).

Mantenho o *perdimento* do dinheiro apreendido (dólares e reais) como efeito da condenação, com fundamento no art. 91 do Código Penal e no art. 7º da Lei nº 9.613/98, de modo que fica indeferido o pedido de devolução.

Posto isso, *NEGO PROVIMENTO* à apelação.

É o voto.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI: Conforme minucioso Relatório de ID 255845638, elaborado pelo e. Des. Fed Nino Toldo, trata-se de apelação interposta por *ADELINO MARQUES* em face da sentença proferida pela 3ª Vara Federal de Campo Grande (MS) que o condenou à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática, em concurso material (CP, art. 69), dos crimes previstos no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 e no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, ambos na forma tentada (CP, art. 14, II).

O corréu FERNANDO FERREIRA ORTEGA foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 (catorze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática, em concurso material (CP, art. 69), dos crimes previstos no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 e no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, ambos na forma tentada (CP, art. 14, II).

Com fundamento no art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98 e no art. 91 do Código Penal, foi decretado o perdimento dos valores apreendidos em favor da União, correspondentes a US\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 52.120,00 (cinquenta e dois mil e cento e vinte reais).

A denúncia (ID 167323902, pp. 3/8), recebida em 28.07.2016 (*idem*, pp. 162/163), narra:

A sentença (ID 167326827, pp. 62/88) foi publicada em 21.06.2018 (*idem*, p. 89).

Em suas razões (ID 167326827, pp. 122/131), a defesa de *ADELINO* requer a absolvição do réu com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, com a consequente devolução dos valores apreendidos. Argumenta que a acusação não comprovou que o dinheiro encontrado em sua posse tinha origem ilícita, bem como a intenção de transpor as fronteiras do país. Sustenta serem frágeis as provas que embasaram a condenação, devendo ser absolvido o réu com base no princípio *in dubio pro reo*, e por falta de comprovação do crime antecedente.

Em sessão realizada no dia 26.05.2022, o e Relator negou provimento à apelação da defesa.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão fática posta.

Da leitura da denúncia, constata-se que, em razão da mesma conduta (transportar dinheiro em espécie, no porta luvas do veículo em que se encontrava), o réu foi condenado pelo crime de tentativa de evasão de divisas e tentativa de lavagem de dinheiro, em concurso material.

Para ficar mais clara a situação fática dos autos, descreve-se novamente a denúncia, *in verbis*:

Na data de 19 de outubro de 2014, os denunciados *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA*, na rodovia BR 262, Km 600, em frente ao Posto Guaiçurus, sentido Corumbá, foram presos em flagrante delito, quando, em unidade de desígnios dolosos, tentavam promover, sem autorização legal, a saída de U\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 52.120,00 (cinquenta e dois mil, cento e vinte reais) escondidos no veículo VW/GOL, cor preta, placa HTV 5166/MS. Na mesma data e local, os denunciados, agindo em concurso, tentaram ocultar, mediante transposição de fronteira seca, a localização de dinheiro em espécie que sabiam ser proveniente direta ou indiretamente de tráfico de drogas.

Segundo consta dos autos, Policiais Rodoviários Federais durante fiscalização de rotina abordaram o veículo VW/GOL, cor preta, placa HTV 5166/MS, conduzido por Vicente Aparecido Lopes da Silva, que estava acompanhado dos denunciados *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA*.

Após vistoria no interior do veículo, foram inicialmente localizados dentro de um saco de mercado, escondidos em uma rede de descanso, os dólares e parte da quantia em reais. Procedida busca mais detalhada, foram encontrados dentro do porta-luvas e no interior de uma bolsa, enrolado nas roupas, o restante da quantia arrecadada em reais.

O denunciado *ADELINO MARQUES* assumiu a propriedade de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais). Os U\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 29.120,00 (vinte e nove mil, cento e vinte reais) são de propriedade do denunciado *FERNANDO PEREIRA ORTEGA* (conforme termos de declarações de f. 9/10 e 11/12 e auto de apresentação e apreensão, f. 13/14).

Questionados sobre a origem do dinheiro e o motivo da viagem, os denunciados apresentaram versões discordantes e pouco factíveis.

[...]

Enfim, não souberam justificar o motivo pelo qual levavam expressiva quantidade de dinheiro em moeda corrente e dólares americanos com destino a região de fronteira para supostamente comprar uma moto e um veículo. Frise-se que os denunciados sequer haviam realizado qualquer tratativa inicial com os “supostos vendedores” dos veículos.

Corumbá/MS é cidade situada na fronteira Brasil/Bolívia, conhecida rota de tráfico internacional de drogas, onde o dinheiro ilícito que ali circula não se submete a controle estatal. Forçoso convir que a vultosa quantia de dinheiro apreendida deixaria facilmente o território nacional.

Restou apurado, ainda, que *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA* tentavam ocultar, mediante transposição de fronteira, localização de dinheiro proveniente de infração penal, no caso, tráfico internacional de drogas.

Conforme consta dos autos, *ADELINO MARQUES* e *FERNANDO PEREIRA ORTEGA* transportavam U\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos dólares) e R\$ 52.120,00 (cinquenta e dois mil, cento e vinte reais) com destino ao município de Corumbá/MS, área de fronteira e conhecida rota de entrada de drogas no estado do Mato Grosso do Sul.

Os denunciados possuem envolvimento com o tráfico de entorpecentes. *ADELINO MARQUES*, inclusive, encontra-se em liberdade condicional pelo crime de tráfico. Outrossim, ainda que possuam ocupação lícita, a quantia apreendida em poder de ambos é incompatível com suas rendas.

Do Crime de evasão de divisas tentado

Inicialmente, cumpre fazer algumas ponderações a respeito do crime de evasão de divisas, na modalidade narrada na denúncia.

Não obstante a atividade de transporte de moeda seja, em princípio, lícita, haverá crime sempre que a remessa ou saída dos valores ocorrer de forma: a) *clandestina*, com a remessa ou transporte físico sem declaração; b) *fraudulenta*, com a remessa por meio físico ou eletrônico escudada em documento falso; ou c) com prestação de informação falsa ou remessa de valor acima do limite em relação ao qual é exigida a declaração (*in* Crimes Federais, José Paulo Baltazar Junior, editora saraiva, 10ª edição, 2015, pág. 720).

Importa esclarecer, ainda, que o artigo 65, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº. 9.069/1995, que regula entrada e saída física de valores do país, estabelece que o limite para o transporte manual de quantias desacompanhadas de DPV – Declaração de Porte de Valores – é de R\$10.000,00 – dez mil reais (ou quantia equivalente em moeda estrangeira) e, apesar de a Lei n.º 14.286, de 29.12.2021 ter revogado o referido art. 65, passando a estabelecer o valor de até US\$ 10.000,000 (dez mil dólares), essa alteração apenas entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano de sua publicação oficial.

A materialidade está demonstrada pelo auto de apresentação e apreensão (ID 167312066, pp. 16/17) e demais documentos que compõem o inquérito policial, os quais indicam que foi apreendido, por ocasião da fiscalização feita pela Polícia Rodoviária Federal em 19.10.2014, o valor de R\$ 23.000,00 (*vinete e três mil reais*), em espécie, escondido no veículo VW Gol, cor preta, placas HTV-5166, e atribuído ao ora apelante.

Feitas tais considerações, tem-se que o apelante não conseguiu, durante a instrução processual, demonstrar a licitude do dinheiro em espécie que transportava, dentro do porta luvas do carro, bem como que tal valor provavelmente é decorrente da prática de crime antecedente de tráfico de drogas.

Por outro lado, importa enfatizar que a mera posse ou mesmo o aproveitamento de valores, decorrentes de infração anterior, não é suficiente para a caracterização do crime de evasão de divisas ou mesmo de lavagem de dinheiro.

No caso, para a caracterização do crime de evasão de divisas tentado, faz-se necessário comprovar que o réu tinha a intenção de transpor a fronteira do país, o que, a meu ver, não restou demonstrado durante a instrução processual. Vejamos.

Conforme se extrai da sentença recorrida (ID 167326827 pág 62 e ss), em seu interrogatório, Adelino relatou o quanto segue, *in verbis*:

“Interrogatório de Adelino Juiz: que o acusado foi até Corumbá comprar uma caminhonete velha, D10; que já sabia de quem ia comprar a caminhonete; que já morou em Corumbá; que já ficou preso naquela cidade uma época pelo tráfico de drogas; que a droga era cocaína; que no dia da apreensão estava acompanhado de Fernando e Vicente; que dos valores encontrados R\$ 23.000,00 eram seus; que o restante era de Fernando; que ia comprar uma caminhonete com esse dinheiro; que não sabe o que Fernando ia comprar com o dinheiro apreendido; que aposentou agora; que nos últimos cinco anos trabalhava em uma firma com carteira assinada; que os R\$ 23.000,00 são decorrentes da venda do seu carro

velho no valor de R\$ 10.000,00 e o restante de economias; que pretendia comprar a caminhonete para trabalhar com frete, fazendo mudanças; que de passagens pela Polícia, tem a de tráfico e a de evasão; que, pelo que se lembra, foi condenado a sete anos de prisão; que estava em livramento condicional, quando caiu com o dinheiro; que estava assinando em Corumbá; que não sabia que Fernando já havia sido condenado por tráfico de drogas; que não conhecia Fernando; que o conheceu quando um amigo dele o apresentou ao acusado, quando amigo dele estava preso comigo em Corumbá.

MPF: que soube da caminhonete porque já morou em Corumbá; que a caminhonete estava em uma oficina na cidade de Corumbá; que conhece Fernando de Campo Grande; que Fernando foi festar em Corumbá com um amigo dele• que não sabia que Fernando levava valores; que o dinheiro do acusado estava na bolsa, não estava escondido; que o dinheiro de Fernando estava enrolado em uma rede; que viajou junto com Fernando até o posto da polícia; que não conversou com Fernando; que sempre foi de ônibus; que Fernando ofereceu a carona até Corumbá, junto com um amigo dele; que a viagem durou até o posto da polícia; nunca mais viu Fernando; que foi coincidência, Fernando e o acusado estarem com dinheiro no mesmo dia; que Fernando não sabia que o acusado estava com dinheiro e ia comprar uma caminhonete em Corumbá; que até ia a Corumbá assinar no fórum.

Defesa: que ia comprar a caminhonete para trabalhar no ponto para fazer mudança; que a caminhonete estava saindo por R\$ 22.000,00 e ia dar os outros R\$ 1.000,00, como comissão; que o seu carro anterior era um Kadet Ipanema; que o restante do dinheiro eram economias; que recebia ajuda financeira de seus filho que mora no Paraná e trabalha em um auto elétrica; que atualmente está aposentado, recebendo um salário mínimo.” Negritei.

Por sua vez a testemunha Vicente Aparecido, que deu carona para o apelante e em cujo carro foi apreendido o valor em espécie, em seu depoimento em juízo relatou o quanto segue (ID 167326827 pág 74), *in verbis*:

“A testemunha Vicente Aparecido (fl. 344), ouvida em Juízo, deixou claro — se bem que disse que conhecia que Adelino estava em livramento condicional porque lhe foi dito na hora em que foi viajar, e tergiversou sobre o fato de que sabia que tanto ele quanto Fernando tinham condenações por tráfico de drogas — saber que os dois réus, com quem aceitou viajar para Corumbá, tinham passagem por tráfico. *Ainda assim, aceitou dar carona para ambos até tal cidade, em seu próprio carro, sob o argumento de que os dois iriam para lá para “comprar uns carros”, “buscar umas motos lá”. Afirmou saber que Adelino e Fernando levaram dinheiro, supondo que para tais finalidades, mas não sabia a quantia, embora soubesse que havia dinheiro levado em dólar.* Confirmou que os policiais acharam dinheiro que era também de Adelino, quando chegaram a sua bolsa pessoal. Esclareceu, por fim, que Fernando (“Alemão” ou “Galego”) foi quem disse que buscaria dois carros (fl. 345 — mídia digital)”

As demais testemunhas relataram o quanto segue, *in verbis* ((ID 167326827 pág 74)

A testemunha Bruna Fernanda (fl. 347 e mídia digital de fl. 350 — mídia digital) disse, em suma, não ter conhecimento sobre os fatos do processo, esclarecendo

que não tinha contato direto com Adelino, apenas tendo conversado poucas vezes com ele por ter sido vizinha. A testemunha Lucilene Andrade (fl. 348 e mídia digital de fl. 350 — mídia digital) disse, sobre Fernando, que conhecia que o mesmo teria ido para Corumbá para comprar uma moto, e disse sabia porque morou em sua e de sua mulher pelo período de cinco meses; no momento em que os fatos aconteceram, disse que estava em casa (na casa de Fernando), onde morou por cinco meses. A testemunha Nilza (fl. 349 e mídia digital de fl. 350 — mídia digital) disse que Fernando é cunhado de sua filha, trazendo informações apenas sobre dados pessoais dele, sem muita relevância com a vexata quaestio processual.

Portanto, o interrogatório do réu, bem como as testemunhas trazidas em juízo relatam que o apelante estava indo para Corumbá com a intenção de comprar um veículo. A acusação não se desincumbiu do ônus de comprovar o contrário.

Por sua vez, o magistrado sentenciante extraiu a intenção do réu (de que pretendia transpor a fronteira do país com a a Bolívia) de fato notório e sabido de que a fronteira corumbaense serve de rota de evasão de divisas e lavagem de dinheiro da criminalidade internacional, nos seguintes termos, *in verbis*:

“Ora, é certo que a tese defensiva perpassa o argumento de que os acusados se dirigiam a Corumbá/MS, e de que não tinha interesse em sair do território nacional com tais valores. No entanto, é fato conhecido que a fronteira corumbaense serve de rota de evasão de divisas e lavagem de dinheiro da criminalidade internacional, inclusive pela mera passagem por terra de dinheiro não declarado, algo que chegou mesmo ao noticiário semanal da grande imprensa televisiva nacional. *A movimentação veicular rumo inequívoco às zonas fronteiriças e com dinheiro não declarado (mormente em moeda estrangeira, de muito fácil circulação em território boliviano e, em especial, no lado boliviano da fronteira corumbaense), totalmente incompatível com uma viagem de turismo, por exemplo, é mais que suficiente para a plena contextualização do tipo penal, ainda que em modalidade tentada*: no caso concreto, no local da abordagem, em Miranda, falamos do coração do Pantanal sul-matogrossense, não havendo núcleo urbano mais próximo que não a própria urbe de Corumbá.

Par facilitar a compreensão, colaciono o trecho representativo da distância da abordagem, *aproximadamente 178 Km da fronteira*, conforme mapa abaixo: (...)” Negrítei.

A meu ver, a mera fundamentação genérica, cabível para qualquer caso similar, por ser de geral sabença a prática desse tipo de criminalidade nas zonas fronteiriças, sem qualquer outra prova produzida para o caso concreto, no sentido da intenção de transpor as fronteiras para a prática do crime de evasão de divisas, não é suficiente para a condenação pela prática de tal delito. Explico.

O réu relatou que estava se transportando para a cidade de Corumbá, onde já residiu, onde já ficou preso por tráfico de drogas, ou seja, onde exercia atividades outras (sejam lícitas ou ilícitas). Portanto, é plausível que para lá estivesse se dirigindo, inclusive, para usufruir do dinheiro em espécie que levava consigo, e não necessariamente para a Bolívia.

A partir da prova testemunhal ouvida em juízo, foi possível concluir que o apelante não conseguiu demonstrar a licitude do dinheiro transportado. E isso

sequer se discute aqui, pois tudo indica que o dinheiro apreendido com o réu realmente tem origem ilícita, decorrente da prática anterior do crime de tráfico de drogas. Ocorre que tal fato comprovado nos autos não é suficiente para condenar o réu por tentativa de evasão de divisas.

Isso se dá porque o relato do réu em seu interrogatório, bem como as declarações das testemunhas, também ouvidas em juízo, são no mesmo sentido, qual seja, de que o réu para lá (Corumbá) se direcionava com a finalidade de comprar um veículo, fato este que não foi afastado por qualquer outra prova produzida pela acusação.

Sendo assim, o fato de o juiz sentenciante não acreditar na testemunha (deixando claro que sua versão é “sugestivamente fantasiosa”), bem como o fato de o réu estar transportando dinheiro provavelmente ilícito, nessa região do pantanal matogrossense, não configura, por si só, o crime de evasão de divisas, sequer na modalidade tentada, pois tal conduta não é suficiente para caracterizar o início do *iter criminis* do referido delito, sem a comprovação de que existia tal intenção.

Tudo indica que o apelante realmente pretendia usufruir do dinheiro decorrente da prática de crime anterior, mas não existem provas suficientes de que pretendia transpor a fronteira com tal dinheiro sem a necessária declaração. Além disso, estavam a 178 Km de distância da fronteira, quando foram interceptados pelos policiais, ou seja, não estavam sequer na iminência de transpô-la.

Repita-se, uma vez mais, que a mera posse de valores decorrentes de infração anterior não é suficiente para a caracterização do crime de evasão de divisas sem que se demonstre tal intenção, razão pela qual não há que se condenar o apelante por mera presunção de que pretendia transpor a fronteira Brasil/Bolívia, sem a existência de provas concretas nesse sentido.

Por tais razões, entendo que o apelante deve ser absolvido por falta de provas, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Da tentativa de lavagem de dinheiro

Dá análise dos elementos dos autos, entendo, da mesma forma, não ter sido demonstrado o elemento subjetivo do crime de tentativa de lavagem de dinheiro. Vejamos.

O e. Relator entendeu não haver dúvida acerca do elemento subjetivo do tipo nos seguintes termos, *in verbis*:

Também não há dúvida acerca do *elemento subjetivo do tipo*. O apelante e o corréu FERNANDO tinham o nítido propósito de reciclar esse capital, conferindo ao produto obtido de forma criminosa uma aparência lícita, não tendo conseguido concretizar o ato de lavagem de valores por circunstâncias alheias à sua vontade. Como ressaltado pelo juízo a quo, a suposta venda de veículos e terrenos não constitui justificativa plausível para a expressiva quantia apreendida, sendo a única explicação viável, no contexto dos autos, é a de que esses valores tinham origem no tráfico de drogas que fora praticado pelo apelante. *Com a remessa desse dinheiro para o exterior e, posteriormente, com a aquisição de bens, o apelante e seu cúmplice pretendiam distanciar a origem criminosa dos ativos, conferindo-lhes uma aparente legalidade.* Negritei.

Ocorre que, ainda que se considerando a existência de crime antecedente (tráfico de drogas), não restou demonstrado nos autos qualquer intenção do réu, seja de transposição da fronteira com o dinheiro oculto no veículo (como já fundamentado acima), seja de lavar referido valor, com a finalidade de integrá-lo de forma lícita na economia formal. Vejamos.

Fazendo, novamente, uma leitura da sentença apelada, verifica-se que o magistrado sentenciante utilizou-se de informação de geral sabença para presumir a intenção do réu de lavar o dinheiro encontrado oculto no veículo em que se encontrava, no sentido de que *“é fato conhecido que a fronteira corumbaense serve de rota de evasão de divisas e lavagem de dinheiro da criminalidade internacional, inclusive pela mera passagem por terra de dinheiro não declarado, algo que chegou mesmo ao noticiário semanal de grande imprensa televisiva nacional. A movimentação veicular com rumo inequívoco às zonas fronteiriças e com dinheiro não declarado (mormente em moeda estrangeira, de muito fácil circulação em território boliviano e, em especial, no lado boliviano da fronteira corumbaense), totalmente incompatível com uma viagem de turismo, por exemplo, é mais que suficiente para a plena contextualização do tipo penal, ainda que em modalidade tentada, no caso concreto, no local da abordagem, em Miranda, falamos do coração do Pantanal Sul-matogrossense, não havendo núcleo urbano mais próximo que não a própria urbe de Corumbá”*.

Ocorre que não foi demonstrado, nos autos, nem em tese, qualquer intenção concreta do réu de lavar o dinheiro no país vizinho.

Isso se dá porque ainda que o apelante tivesse a intenção de adquirir bens em nome próprio, não estaria praticando o crime de lavagem (pois não haveria o distanciamento), mas apenas usufruindo do produto do crime anterior para a compra de bens em nome próprio (exaurimento do delito anterior).

Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, seria necessário a comprovação de que o apelante, ao menos, tivesse a intenção de lavar esse dinheiro, seja na cidade de Corumbá, seja após a suposta transposição da fronteira, como comprar bens em nome de terceiros, ocultar o dinheiro em *offshore* constituída em paraíso fiscal, etc, ou seja, distanciar esse produto do crime anterior de sua origem ilícita, para inseri-lo à economia formal. Entretanto, o que existe nos autos são provas de que o apelante guardava esse dinheiro no porta luvas do veículo em que se encontrava, em direção à cidade de Corumbá, não se podendo presumir quaisquer atos posteriores sem que ao menos existem elementos suficientes para tanto (para além da sabença geral do que costuma ocorrer em região fronteiriça).

Não havendo qualquer prova nos autos nesse sentido, deve o apelante ser absolvido da imputação de tentativa de lavagem de dinheiro, também com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em sentido similar, já decidiu esta E. 11ª Turma, conforme ementa a seguir colacionada:

“PENAL E PROCESSO PENAL. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE. TENTATIVA DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º DA LEI Nº 9.613/1998, C.C. ART. 14, II, DO CP. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS.

INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ART. 2º DA LEI N.º 12.850/2013. APLICAÇÃO DA REGRA DE JULGAMENTO IN DUBIO PRO REO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/6 (UM SEXTO). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. REINCIDÊNCIA. REDUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE MULTA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS.

1- No caso concreto, JOSÉ ALBERTO VANDERLEI GUIMARÃES foi condenado pela prática da conduta descrita no art. 1º, caput, da Lei n.º 9.613/1998, c.c. art. 14, II, do Código Penal (tentativa de lavagem de dinheiro), à pena de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial FECHADO, e 44 (quarenta e quatro) dias-multa, cada qual correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo mensal vigente na data do fato, pois, de acordo com o r. juízo a quo, ficou demonstrado que o réu tentou "ocultar e dissimular a origem, localização e propriedade de valores provenientes diretamente do tráfico internacional de drogas". Além disso, JOSÉ ALBERTO VANDERLEI GUIMARÃES foi absolvido da acusação relacionada à prática da conduta descrita no art. 2º da Lei n.º 12.850/2013 (integrar organização criminosa), com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, uma vez que prevaleceu a regra de julgamento in dubio pro reo.

(...)

14- Em relação aos fatos ocorridos em 16.12.2016, consta que, nessa data, policiais federais, informados de que JOSÉ ALBERTO VANDERLEI GUIMARÃES, vulgo "Beto Comédia", faria saque em dinheiro para envio à Bolívia, mantiveram JOSÉ ALBERTO sob vigilância, sendo que, na manhã do dia 16.12.2016, acompanharam "Beto" até a agência da Caixa Econômica Federal em Corumbá-MS. Após a saída dele da agência, "abordaram-no e, em revista pessoal e ao veículo, foram encontrados cerca de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em espécie, nas vestes de 'Beto'".

15- A despeito do que a defesa alegou nas razões de Apelação, não se haveria de falar, in casu, em "flagrante preparado" (inteligência da Súmula n.º 145 do STF), mas sim em "flagrante esperado", hipótese em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e passa a monitorar a atividade do agente, de forma a aguardar o melhor momento para executar a prisão, não havendo que se falar em ilegalidade do flagrante nesse caso. De qualquer sorte, por razões diversas das que foram suscitadas pela defesa, deve ser afastada a condenação do réu pelos atos perpetrados em 16.12.2016.

16- *Muito embora haja indícios concretos da origem ilícita não apenas dos valores sacados por JOSÉ ALBERTO em 07.12.2017, mas também dos cerca de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) sacados em 16.12.2017, o que se observa, tão somente em relação aos fatos ocorridos em 16.12.2017, é que não houve, propriamente, o início da execução nem do delito de evasão de divisas nem do delito de tentativa de lavagem de dinheiro, considerando que o acusado foi abordado pelos policiais logo depois de sacar o dinheiro, há poucos metros da agência bancária, momento em que sequer estava se dirigindo à fronteira.*

17- É certo que, no decorrer de uma prática criminosa, a ideia ou intenção de praticar o fato punível é a primeira a surgir. A ideia precede a ação, já que é no pensamento/intenção do agente que se inicia o movimento delituoso. Essa primeira fase do iter criminis, contudo, a qual pode ser chamada de "cogitação" ou "criminalidade imaginativa" não é alcançada pelas punições previstas em lei, em observância ao princípio da lesividade. Apenas a partir da externalização da conduta criminosa (fases de preparação, execução e consumação) é que

se haverá de falar em fato punível. Assim, saber se a verdadeira intenção de JOSÉ ALBERTO era ou não providenciar o transporte clandestino do montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para a Bolívia revelou-se, in casu, irrelevante. Ademais, os atos preparatórios, em regra, também escapam à aplicação da lei penal, exceto naquelas situações em que, per si, caracterizam tipos penais. Para a caracterização da tentativa, portanto, não basta a intenção de cometer um delito. É indispensável haver, ao menos, o começo da execução (inteligência do art. 14, II, do CP), isto é, a prática de atos concretos orientados à realização da conduta típica e que gerem perigo ao bem juridicamente tutelado. São elementos da tentativa a conduta (ato de execução) e a ausência de consumação por circunstâncias independentes da vontade do criminoso.

18- *Não houve o início da realização, mesmo que incompleta, da figura típica de lavagem de dinheiro. Inclusive, as ações perpetradas pelo acusado (até o momento em que foi abordado pelos policiais) deixam dúvida razoável sobre se sua intenção era, de fato, ocultar os valores sacados (transportando-os clandestinamente à Bolívia) ou adquirir algum bem em território brasileiro, de modo que não se pode dizer que a conduta de JOSÉ ALBERTO tenha, de qualquer modo, penetrado no núcleo do tipo penal em questão. Com tais considerações, não se há de falar em perpetração de crime em relação aos fatos ocorridos em 16.12.2016, devendo ser mantida, contudo, a condenação do réu pela prática, em 07.12.2016, do delito de tentativa de lavagem de dinheiro.*

(...)

32- Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a que se nega provimento. Apelação de JOSÉ ALBERTO VANDERLEI GUIMARÃES a que se dá parcial provimento. (ACr 0014854-60.2016.4.03.6000 – Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis – julgado em 05.08.2021).

Do pedido de devolução dos valores apreendidos

Com fundamento no art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98 e no art. 91 do Código Penal, foi decretado o perdimento dos valores apreendidos em favor da União.

Assim dispõe o artigo 7º, I, da Lei n.º 9.613/1998, *in verbis*:

Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I - *a perda*, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Portanto, se o réu foi *absolvido* do crime de lavagem de dinheiro, não é possível decretar o perdimento do numerário em questão, com fundamento no art. 7, I, da Lei n.º 9.613/1998, que cuida justamente da perda de bens decorrentes dos efeitos *da condenação*.

Não obstante os elementos dos autos indiquem a existência de indícios concretos de que referido numerário seja produto de crime de tráfico de drogas (crime antecedente), ainda assim não vislumbro possibilidade jurídica da manutenção do perdimento desse dinheiro em espécie, nestes autos, com o fundamento de que seria provável produto de crime aqui não apurado (tráfico de drogas). Trata-se de mera presunção da ilicitude do valor com o qual foi apreendido e, se foi absolvi-

do do crime que gerou tal apreensão, não pode ter o seu perdimento decretado, sobretudo a título de efeitos da condenação.

Por fim, tem-se que referido numerário foi apreendido quando do flagrante delito, tendo ficado constrito, cautelarmente, nos autos, com a finalidade de assegurar futura indenização das vítimas, os pagamentos das custas processuais e penas pecuniárias.

Portanto, se o apelante foi absolvido do delito em questão, os bens apreendidos, cautelarmente, não interessam mais a este processo e, portanto, devem ser restituídos.

A respeito do levantamento de bens constritos, em caso de sentença absolutória, há julgado do E. Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. LEVANTAMENTO DOS BENS CONSTRITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 386, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS IDÔNEOS PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal são constrições judiciais que têm por escopo a futura indenização das vítimas, o pagamento das custas processuais e penas pecuniárias.

A imposição destas medidas cautelares depende de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria delitiva.

2. *Diante da absolvição do Acusado, a presunção deve agora operar em seu favor. Se antes havia indícios da autoria delitiva a justificar o sequestro dos bens, agora há sentença penal, amparada na prova colhida na fase instrutória, afirmando a sua inocência.*

3. Nessa esteira, mostra-se escorregia a decisão judicial que determinou o levantamento dos bens constritos, por ser o que determina o art. 386, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei n.º 11.690/08). Precedente.

4. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência desta Corte e com a legislação processual pertinente, mantenho-a incólume.

5. Agravo regimental desprovido. (STJ - 5ª Turma, AgRg no REsp 254603 / PR - Rel. Min. Laurita Vaz - DJe 29/10/2013)" Negritei.

Por tais razões, deve ser restituído o valor apreendido de R\$ 30.000,00, relativo ao crime do qual o apelante foi absolvido, com fundamento no art. 386, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, dou provimento à apelação da defesa de Adelino para *absolvê-lo* das imputações constantes da denúncia, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, com a consequente liberação do valor apreendido (R\$ 23.000,00), que fora atribuído ao ora apelante.

É o voto.

APELAÇÃO CRIMINAL

0002751-11.2018.4.03.6110

Apelante: RAFAEL LOPES VIDAL GASQUES
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/08/2022

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. RECAPITULAÇÃO JURÍDICA. ARTIGO 334-A, § 1º, IV, DO CÓDIGO PENAL, C.C. ARTIGO 71 DO MESMO CÓDIGO. CONTRABANDO. FLAGRANTES REALIZADOS PELA GUARDA CIVIL. NULIDADE AFASTADA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO AFASTADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO.

1. O réu foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 334-A, § 1º, IV, do Código Penal, c.c. o artigo 71 do mesmo Código.

2. A defesa pleiteia a anulação do feito, sob o argumento de que a abordagem foi realizada por agente incompetente. Ainda que as atribuições de policiamento ostensivo não estejam inseridas no rol de atribuições constitucionais dispostos no §8º do artigo 144 da Constituição Federal para a Guarda Municipal, o artigo 301 do Código de Processo Penal estabelece que *"qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito"*. Assim, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão, nem considerá-la ilícita.

3. Não assiste razão à defesa no que tange o pedido de desentranhamento de provas juntadas aos autos por determinação judicial, de ofício, sob o argumento de violação ao sistema acusatório. A denúncia se baseou nos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias juntados aos autos. O magistrado solicitou que a Guarda Civil Municipal de Sorocaba enviasse cópias dos Boletins de Ocorrência. O pedido judicial é pertinente, pois a Receita Federal do Brasil elaborou os Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias com base em documentos confeccionados pela Guarda Civil Municipal de Sorocaba acerca das apreensões. A requisição do magistrado tem respaldo nos artigos 156, II, e 234 do CPP, pelo que não se verifica a nulidade apontada.

4. A materialidade dos delitos praticado em 09/06/2017, 22/06/2017, 24/06/2017 e 20/09/2017 foi demonstrada, respectivamente, pelos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 081100/0154/2018, nº 081100/0156/2018, nº 081100/0158/2018 e nº 081100/0160/2018, os quais registram a apreensão de maços de cigarros

de origem estrangeira, desacompanhados da documentação comprobatória da regular importação.

5. A autoria delitiva restou comprovada pelos Registros de Ocorrência, e pelos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, corroborados pelas provas produzidas em juízo. O dolo, por sua vez, foi evidenciado tanto pelas circunstâncias em que os cigarros foram apreendidos como pela prova oral produzida.

6. Restou comprovado que o réu expôs a venda, recebeu e utilizou em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela legislação brasileira para fins de comércio. Em razão da subsunção de sua conduta ao artigo 334-A, §1º, inciso IV, do Código Penal, mantenho a condenação e passo à dosimetria.

7. Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, devido à ausência de fatores que ensejassem valoração negativa de qualquer das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Mantenho a pena no mínimo legal, tanto por inexistirem fatores a implicarem aumento concreto da reprimenda quanto por não haver recurso ministerial.

8. Na segunda fase da dosimetria, em que pese o réu tenha confessado extrajudicialmente a prática delitiva em 24/06/2017, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ, razão pela qual impossível a diminuição da pena nos moldes do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal. Assim, neste momento da dosimetria, mantenho a pena no patamar mínimo de 2 (dois) anos de reclusão.

9. Na terceira etapa da dosimetria, mantenho a aplicação da fração de aumento de 1/4 (um quarto) em razão da prática pelo réu, por quatro vezes, de condutas típicas similares nas condições de modo, tempo e lugar, pelo que fixo a pena definitivamente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

10. Tendo em vista o *quantum* da pena aplicada, mantenho o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "c", do Código Penal.

11. Preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal, e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, mantida a destinação fixada pelo juízo *a quo*.

12. Apelo defensivo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO ao apelo interposto pela defesa de RAFAEL LOPES VIDAL GASQUES, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Cuida-se de ação penal fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de Rafael Lopes Vidal Gasques pela prática do crime definido no artigo 334-A, § 1º, inciso IV, do Código Penal.

Narra a denúncia (ID 254230116, pp. 3/6):

“No dia 09 de junho de 2017, nas proximidades da Praça Nicolau Scarpa, em Sorocaba, SP, RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES expunha à venda e mantinha em depósito 50 (cinquenta) maços de cigarros da marca EIGHT de origem estrangeira sem documentação fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional.

Em 22 de junho de 2017, nas proximidades da Praça Nicolau Scarpa, em Sorocaba, SP, RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES expunha à venda e mantinha em depósito 57 (cinquenta e sete) maços de cigarros da marca EIGHT e 34 (trinta e quatro) maços de cigarros da marca DERBY, totalizando 91 (noventa e um) maços de origem estrangeira sem documentação fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional.

Em 24 de junho de 2017, na região central, em Sorocaba, SP, RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES expunha à venda e mantinha em depósito 133 (cento e trinta e três) maços de cigarros da marca EIGHT, de origem estrangeira sem documentação fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional. Em 20 de setembro de 2017, na região central, em Sorocaba, SP, RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES expunha à venda e mantinha em depósito 90 (noventa) maços de cigarros da marca EIGHT e 20 (vinte) maços de cigarros da marca DERBY, totalizando 110 (cento e dez) maços de origem estrangeira sem documentação fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional.”

Conforme Boletim de Ocorrência nº 22375 da Guarda Civil Municipal de Sorocaba, em 09 de junho de 2017, guardas civis municipais apreenderam em poder de RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES, nas proximidades da Praça Nicolau Scarpa, município de Sorocaba, SP, 50 (cinquenta) maços de cigarros da marca EIGHT de origem estrangeira sem documentação fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional (fl. 07-v).

Ainda, conforme Boletim de Ocorrência nº 24662 da Guarda Civil Municipal de Sorocaba, em 22 de junho de 2017, guardas civis municipais apreenderam em poder de RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES, nas proximidades da Praça Nicolau Scarpa, município de Sorocaba, SP, 57 (cinquenta e sete) maços de cigarros da marca EIGHT e 34 (trinta e quatro) maços de cigarros da marca DERBY, totalizando 91 (noventa e um) maços de origem estrangeira sem documentação fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional (fl. 09-vo).

Ainda, conforme Auto de Fiscalização nº 285/2017, em 24 de junho de 2017, guardas civis municipais apreenderam em poder de RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES, na região central da cidade de, Sorocaba, SP, 133 (cento e trinta e três) maços de cigarros da marca EIGHT, de origem estrangeira sem documentação, fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional (fl. 11 - vº).

Ainda, conforme Boletim de Ocorrência nº 36856 da Guarda Civil Municipal de Sorocaba, em 20 de setembro de 2017, guardas civis municipais apreenderam em poder de RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES, na região central de Sorocaba, SP, 90 (noventa) maços de cigarros da marca EIGHT e 20 (vinte) maços de cigarros da marca DERBY,

totalizando 110 (cento e dez) maços de origem estrangeira sem documentação fiscal comprobatória de sua regular introdução no território nacional (fl. 13-vº).

Os cigarros foram encaminhados para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, que instaurou o procedimento administrativo fiscal nº 10774.7.20240/2018-64 (11.04/14), quantificando em 384 (trezentos e oitenta e quatro) maços de cigarros de origem estrangeira, avaliados no total em R\$ 1.249,47 (um mil e duzentos e quarenta e nove reais e quarenta e sete centavos), cuja importação irregular antecedente iludiu o pagamento de R\$ 1.260,7 (um mil e duzentos e sessenta reais e setenta e um centavos) de tributos federais - II, IPI, COFINS (Conforme Planilhas de fis. 07, 09, 11 e 13), o que motivou a aplicação da penalidade de perdimento dos produtos (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias de fis. 07 -v'/08 -v', 09-v/10-v-, 1 I -v'/1 2-v' e 13-v'/ 14-v'). Ademais, de acordo com os autos (fls. 15/16), RAFAEL LOPES VIDAS GASQUES já havia sido autuado também pela posse de cigarros de origem estrangeira sem documentação comprobatória de regular importação, objeto das representações fiscais nº 10774.720522/2017-8, 10774.720262/2017-43 e 10774.720258/2017-85, demonstrando a reiteração da conduta delitiva de forma recalcitrante. A materialidade e autoria delitivas restaram devidamente demonstradas pela Representação Fiscal nº 10774.72i0240/2018-64 e os inclusos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias (fls. 07/14-vº) [...]."

Ao final, Rafael Lopes Vidal Gasques foi denunciado como incurso nas penas do artigo 334-A, § 1º, inciso IV, c.c o artigo 71 do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 06 de fevereiro de 2019 (ID 254230116, pp. 12/13).

Após regular instrução, sobreveio a sentença de ID 254230652, pela qual o magistrado de primeiro grau julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, para condenar o réu pela prática do crime previsto no artigo 334-A, § 1º, inciso IV, do Código Penal, combinado com o artigo 71 do mesmo diploma normativo, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. Por fim, o magistrado *a quo* deixou de condenar o réu ao pagamento das custas processuais, por ter sido defendido pela Defensoria Pública, e concedeu-lhe o direito de apelar em liberdade.

A sentença foi publicada em 18 de outubro de 2021.

A defesa do réu interpôs apelação. Em suas razões recursais (ID 254230655), sustenta, preliminarmente, a ilicitude da abordagem realizada pela Guarda Civil Municipal, e pleiteia o decreto absolutório em decorrência da ilicitude da prova produzida. Requer o desentranhamento de provas juntadas aos autos por determinação judicial, de ofício, sob o argumento de violação ao sistema acusatório, com fundamento no artigo 157 do Código Penal. No mérito, requer a absolvição do réu, argumentando a ausência de provas de autoria. Subsidiariamente, requer a redução da pena imposta, pugnando pela redução da fração de aumento aplicada em razão da continuidade delitiva para 1/6 (um sexto).

Contrarrazões ministeriais no ID 254230658.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República ofereceu parecer pelo não provimento do apelo (ID 255952217).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Cuida-se de apelação criminal interposta pela defesa de RAFAEL LOPES VIDAL GASQUES em face da sentença proferida pela 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP, que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, para condenar o acusado pela prática do crime previsto no artigo 334-A, inciso IV, do Código Penal, c.c. o artigo 71 do mesmo código, que dispõem:

“Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;”

“Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

Da preliminar de nulidade

Pleiteia a defesa a anulação do feito, sob o argumento de que a abordagem foi realizada por agente incompetente, estando eivada de nulidade.

Aponta que não é de competência da Guarda Civil Municipal a preservação da ordem e da segurança pública nem, ainda, a investigação de crimes, como a Polícia Civil e a Polícia Federal.

Argumenta que os agentes da Guarda Civil não possuíam atribuição para realizar a abordagem e a revista pessoal do acusado, pelo que houve violação do artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, que atribui à Guarda Municipal a competência para proteger bens, serviços e instalações municipais, conforme dispuser a lei.

Com efeito, o artigo 144 da Carta Magna atribui a determinados órgãos federais e estaduais (tais como polícia federal, polícias militares e corpos de bombeiros militares) as atividades de polícia judiciária ou de manutenção da ordem pública.

Entretanto, apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, observe-se que o artigo 301 do Código de Processo Penal estabelece que *“qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”*. Também é relevante trazer o teor dos artigos 302 e 303 do mesmo diploma normativo:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.”

Não resta dúvidas que houve situação de flagrância do réu comercializando os cigarros contrabandeados, conforme os relatos que constam dos Registros de Ocorrência (ID 254230116, p. 55, ID 254230117, p. 01, ID 254230123, pp. 03/04, ID 254230123, pp. 07/08 e ID 254230123, pp. 11/12).

Se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão, nem considerá-la ilícita. A propósito, transcrevo o seguinte precedente:

PROCESSO PENAL. DENÚNCIA REJEITADA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MOEDA FALSA. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL. GUARDA MUNICIPAL. LEGALIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Não há ilegalidade na prisão em flagrante. O recorrido encontrava-se em estado de flagrância quando foi abordado pela guarda municipal. O art. 302, inc. IV, do Código de Processo Penal, considera em flagrante delito quem "é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração". Por outro lado, o art. 244 do Código de Processo Penal admite a busca pessoal, independente de mandado, "no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Nesse sentido, os precedentes jurisprudenciais (STJ, HC n. 129.932, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.12.09; HC n. 286.546, (TRF da 3ª Região, ACr n. 2008.61.05.009993-0, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 11.05.15).

2. O laudo pericial do Instituto de Criminalística concluiu serem falsas as cédulas apreendidas.

3. De acordo com a Súmula n. 709 do Supremo Tribunal Federal, o provimento de recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que rejeita a denúncia importa no seu recebimento.

4. Recurso em sentido estrito provido.

(TRF-3, RSE 0000129-66.2018.4.03.6139, Quinta Turma, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, j. 18.02.2019, e-DJF3 Judicial 1 20.05.2019)

Como se vê, ainda que não desempenhem a função de policiamento ostensivo, estiveram respaldados pela situação de flagrância, estando amparada a atuação dos Guardas Municipais pelo disposto nos artigos 301 e 303, ambos do CPP.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO RATIFICADA EM GRAU DE APELAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA PELA GUARDA MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. ART. 301 DO CPP. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão (HC 286.546/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe de 15/10/2015).

2. Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que inexistente irregularidade na prisão em flagrante promovida por guardas municipais, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus

agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, como ocorreu na hipótese dos autos.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg n. HC 592.722/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão.

4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita (Precedente).

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 286.546/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015)

Assim, afasto a nulidade arguida.

Da violação do princípio acusatório

A defesa requer o desentranhamento de provas juntadas aos autos por determinação judicial, de ofício, sob o argumento de violação ao sistema acusatório, com fundamento no artigo 157 do Código Penal.

Não assiste razão à defesa.

A denúncia se baseou nos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias juntados aos autos.

O magistrado solicitou que a Guarda Civil Municipal de Sorocaba enviasse cópias dos Boletins de Ocorrência nº 22.375, de 09 de Junho de 2017, nº 24.662, do dia 22 de Junho de 2017, e nº 36.856, de 20 de Setembro de 2017 (ID 254230116, pp. 40/41).

Como resposta, foram apresentados os Registros de Ocorrência (ID 254230116, p. 55, ID 254230117, p. 01, ID 254230123, pp. 03/04, ID 254230123, pp. 07/08 e ID 254230123, pp. 11/12).

O pedido judicial é pertinente, pois a Receita Federal do Brasil elaborou os Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias com base em documentos confeccionados pela Guarda Civil Municipal de Sorocaba acerca das apreensões.

Assim, dois artigos do Código de Processo Penal dão respaldo à atuação do magistrado *a quo*:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

“Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.”

Assim, não se verifica qualquer nulidade que justifique o desentranhamento, pois a requisição judicial partiu de documentos que constavam dos autos, ou seja, de provas já produzidas, não se vislumbrando ofensa ao sistema acusatório.

Da materialidade

A materialidade do delito praticado em 09/06/2017 foi demonstrada pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 081100/0154/2018 - 10774.720190/2018-80 (ID 254230115, pp. 14/15), pela Relação de Mercadorias a ele anexa (ID 254230115, p. 16), e pela planilha dos valores de tributos iludidos (ID 254230115, p. 13). Com efeito, referidos documentos atestam a apreensão de 50 (cinquenta) maços de cigarros de origem estrangeira.

A materialidade do delito praticado em 22/06/2017 foi demonstrada pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 081100/0156/2018 - 10774.720182/2018-79 (ID 254230115, pp. 18/19), pela Relação de Mercadorias a ele anexa (ID 254230115, p. 20), e pela planilha dos valores de tributos iludidos (ID 254230115, p. 17). Tais documentos atestam a apreensão de 91 (noventa e um) maços de cigarros.

A materialidade do delito praticado em 24/06/2017 foi demonstrada pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 081100/0158/2018 - 10774.720184/2018-68 (ID 254230115, pp. 22/23), pela Relação de Mercadorias a ele anexa (ID 254230115, p. 24), e pela planilha dos valores de tributos iludidos (ID 254230115, p. 21), os quais registram a apreensão de 133 (cento e trinta e três) maços de cigarros.

Por fim, a materialidade do delito praticado em 20/09/2017 foi demonstrada pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias nº 081100/0160/2018 - 10774.720186/2018-57 (ID 254230115, pp. 26/27), pela Relação de Mercadorias a ele anexa (ID 254230115, p. 28) e pela Planilha dos valores de tributos iludidos (ID 254230115, p. 25), os quais registram a apreensão de 110 (cento e dez) maços de cigarros.

Os cigarros possuíam origem estrangeira e estavam desacompanhados da documentação comprobatória da regular importação, tornando incontestes a materialidade delitiva.

Da autoria

A autoria delitiva restou comprovada pelos Registros de Ocorrência (ID 254230116, p. 55, ID 254230117, p. 01, ID 254230123, pp. 03/04, ID 254230123, pp. 07/08 e ID 254230123, pp. 11/12), e pelos Autos de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias (ID 254230115, pp. 14/15, ID 254230115, pp. 18/19, ID 254230115, pp. 22/23 e ID 254230115, pp. 26/27), corroborados pelas provas produzidas em juízo.

O dolo, por sua vez, foi evidenciado tanto pelas circunstâncias em que os cigarros foram apreendidos como pela prova oral produzida.

Em relação à conduta delitiva praticada em 24/06/2017, extrai-se do Auto de Prisão em Flagrante (ID 254230117, p. 02) que Sílvio Wagner dos Santos, Guarda Civil Municipal, estava caminhando com seu parceiro José Carlos e com a fiscal Juliana pela região central de Sorocaba, em patrulhamento, e visualizou o acusado, sentado próximo a um bar, oferecendo cigarro à venda. Com o réu havia pouco mais de 130 (cento e trinta) maços de cigarros. O acusado afirmou que havia mais cigarros em uma lixeira próxima ao local, ali deixados para tentar escapar da fiscalização. O acusado já havia sido visto nas proximidades, dois dias antes, em atividade suspeita, possivelmente vendendo cigarros importados. O réu disse que costuma buscar a mercadoria no Paraguai e que tinha cigarros armazenados em sua residência. José Carlos Ribeiro, também Guarda Civil Municipal, relatou o mesmo. Detalhou que a autuação administrativa do mesmo suspeito, dois dias antes, registrou a apreensão de cerca de oitenta maços de cigarros (ID 254230117, p. 03).

Interrogado pela autoridade policial (ID 254230117, pp. 04/05), RAFAEL disse que obteve os cigarros com um vendedor que conhece por “Zé”, que passa distribuindo os produtos fumígenos no centro da cidade. Afirmou que costuma pegar cerca de cinco ou seis pacotes para vender por dia, renovando o estoque quando conclui a venda. Disse que tem tido prejuízo, pois foi pego algumas vezes pela guarda municipal. Acrescentou que trabalha como ambulante, vendendo frutas, água, e cigarros. Negou que houvesse mais cigarros em sua casa. Explicou que vendia cada maço por R\$ 2,50, sendo que compra cada um por R\$ 2,00. Disse que não costuma ir ao Paraguai comprar cigarros diretamente, e que disse isso aos guardas municipais como brincadeira.

No que tange a prática delitiva de 09/06/2017, consta do Registro de Ocorrência (ID 254230123, pp. 03/04) que, durante patrulhamento na área central de Sorocaba/SP, o réu foi avistado comercializando cigarros da marca Eight.

O mesmo ocorreu em 22/06/2017, quando, durante patrulhamento na área central de Sorocaba/SP, o réu foi avistado comercializando cigarros. Ao avistar a viatura, tentou esconder a mercadoria, sem êxito. Disse ser o proprietário da mercadoria, e que vendia cigarros para sustentar a família (ID 254230123, pp. 07/08).

Em 20/09/2017, guardas municipais em patrulhamento flagraram o réu comercializando cigarros da marca Eight e Derby (ID 254230123, pp. 11/12).

Em juízo, o Auditor da Receita Federal Marcos Aurélio Filgueiras declarou que não se recordava especificamente do caso. Questionado acerca do procedimento da autuação, respondeu que, quando a Guarda Civil e a Polícia Civil fazem

apreensões, costumam guardar os itens em um depósito, e depois entregam vários autuados. Com isso, fazem a autuação individual de cada ocorrência, e elaboram o Auto de Infração baseado na ocorrência policial (ID 254230645).

Em seu interrogatório judicial, RAFAEL negou a veracidade dos fatos descritos na denúncia. Afirmou que comercializava frutas em uma carrinho de mão, nas proximidades de um local onde muitas pessoas vendiam cigarros. Narrou que, quando a polícia chegava, os vendedores de cigarros corriam e dispensavam suas mercadorias perto da barra do acusado, razão pela qual era levado pela polícia, em lugar dos verdadeiros responsáveis pelo comércio ilícito (ID 254230645).

Não obstante a não admissão pelo réu da veracidade dos fatos a ele imputados, sua versão carece de verossimilhança, visando, ao negá-los, eximir-se de responsabilidade penal.

Em que pesem as alegações defensivas, resta isolada nos autos a versão apresentada pelo réu de que não teve qualquer envolvimento com os fatos narrados na denúncia.

Em primeiro lugar, ela contraria a confissão apresentada pelo réu em sede policial, quando interrogado a respeito do fato ilícito praticado em 24/06/2017. Ademais, verifica-se do ID 254230635 que, além da presente ação penal, existem outros sete feitos em que o réu foi acusado da prática do crime de contrabando. Também consta do ID 254230115, pp. 29/30, que há outros nove procedimentos administrativos contra o réu por apreensões de cigarros contrabandeados na cidade de Sorocaba/SP.

Por isso, perfilho do entendimento do magistrado sentenciante, que consignou que “admitir como verdadeira a versão do acusado, significaria concluir que, no mínimo, por treze vezes (quatro condutas objeto desta ação penal e nove objeto de outras apreensões administrativas acima citadas) durante os anos de 2015 até 2017, a guarda municipal ou a polícia militar incorreu em abuso de autoridade em face de RAFAEL LOPES VIDAL GASQUES, imputando ao réu o comércio de cigarros. Totalmente inviável tal conclusão, já que não seria possível que a imensa maioria dos integrantes da guarda municipal e policiais militares estariam “*plantando*” diuturnamente provas para incriminar o réu.” (ID 254230652).

Assim, a confissão exarada pelo réu em sede investigativa, somada ao restante do conjunto probatório produzido, torna patente que o réu comercializava cigarros de origem estrangeira, desacompanhados de documentação de sua regular importação, ciente de que praticava conduta criminoso, à qual aderiu de forma livre e consciente, tornando indúvidos a autoria delitiva e o dolo.

O réu expôs a venda, recebeu e utilizou em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela legislação brasileira para fins de comércio. Em razão da subsunção de sua conduta ao artigo 334-A, §1º, inciso IV, do Código Penal, mantenho a condenação e passo à dosimetria.

Da dosimetria

1ª fase

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, devido à ausência de fatores que ensejassem valoração negativa de qualquer das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Mantenho a pena

no mínimo legal, tanto por inexistirem fatores a implicarem aumento concreto da reprimenda quanto por não haver recurso ministerial.

2ª fase

O magistrado deixou de reconhecer agravantes ou atenuantes. Conforme exposto acima, o réu admitiu o comércio de cigarros contrabandeados em uma ocasião, quando interrogado pela autoridade policial acerca da ocorrência de 24/06/2017 (ID 254230117, pp. 04/05). Embora tenha negado a autoria em juízo, a confissão foi utilizada inclusive para embasar a condenação, o que, por si só, permite a aplicação da aludida atenuante.

Nesse diapasão, a Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça:

“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”

Entretanto, embora tenha o réu confessado a prática de um dos crimes em tela, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ, razão pela qual impossível a diminuição da pena nos moldes do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Assim, neste momento da dosimetria, mantenho a pena no patamar mínimo de 2 (dois) anos de reclusão.

3ª fase

Reconheceu-se no édito recorrido, acertadamente, a incidência da regra do art. 71 do Código Penal, tendo em vista a prática pelo réu, por quatro vezes, de condutas típicas similares nas condições de modo, tempo e lugar. Assim, correta a constatação de que houve em concreto crime continuado. O i. prolator majorou a pena provisória no patamar de um quarto, por considerar que a continuidade delitiva se compôs de quatro crimes.

A defesa requer a redução da fração de majoração da pena para 1/6 (um sexto). Entendo que a fração de 1/4 (um quarto) é adequada, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ, QUINTA TURMA, AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 16/11/2012; STJ, SEXTA TURMA, AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 267.637/SP, REL. MIN. ASSUSETE MAGALHÃES DJe: 13/09/2013), pelo que mantenho a majoração da pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Encontram-se preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, na medida em que a pena definitivamente aplicada não é superior a 4 (quatro) anos, o réu não é reincidente nem ostenta Maus antecedentes, e a análise das circunstâncias judiciais indica que a substituição atende aos fins de prevenção e retribuição pelo delito praticado.

Mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal, e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, mantida a destinação fixada pelo juízo *a quo*.

Do regime inicial de cumprimento da pena

Tendo em vista o quantum da pena aplicada, mantenho o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "c", do Código Penal.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo interposto pela defesa de RAFAEL LOPES VIDAL GASQUES.

É o voto.

APELAÇÃO CRIMINAL

0003616-07.2018.4.03.6119

Apelante: ANTONIO AMÉRICO DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/08/2022

EMENTA

DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTROVERSAS. TESE DEFENSIVA DE RECONHECIMENTO DE ATIPICIDADE EM RAZÃO DO CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO ACOLHIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. SEGUNDA FASE. AUSENTES AGRAVANTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA CONFIRMADA. TERCEIRA FASE. TENTATIVA BEM RECONHECIDA. REGIME INICIAL ABERTO. DETRAÇÃO QUE NÃO SE APROVEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS.

- Questão de fundo. Não houve impugnação quanto à autoria e a materialidade do delito previsto no artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pelo que incontroversas. Não se verifica, tampouco, a existência de qualquer ilegalidade a ser corrigida de ofício por este E. Tribunal Regional Federal. De rigor, portanto, a manutenção do reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, aliás, como não poderia deixar de ocorrer, ante o enorme arcabouço fático-probatório constante destes autos em desfavor do insurgente.

- Do pedido de reconhecimento de crime impossível. Os elementos de persuasão racional colacionados no bojo do caderno processual asseguram que o meio empregado pelo réu era eficaz para a consecução da empreitada criminosa, na justa medida em que ele logrou acesso ao interior da agência bancária, não sem antes romper a parte acrílica correspondente ao compartimento para a guarda de objetos da porta de entrada. Adentrando ao recinto, o réu posicionou-se de forma livre e desimpedida para vasculhar as estações de trabalho dos funcionários e arrecadar os objetos economicamente aferíveis que lhe interessavam.

- Os objetos visados pelo agente também eram absolutamente próprios para o desiderato criminoso pretendido, já que o réu logrou separar cartões de crédito de clientes, que possuem valor de mercado significativo, porquanto podem ser revendidos a criminosos para fins de clonagem e subtração de valores ou aquisição de mercadorias. Além disso, o réu teve absoluto acesso a outros bens móveis constantes no interior da agência bancária, como computadores, monitores, teclados, *mouses*, impressoras e dispositivos de informática diversos, além de material de escritório, objetos pessoais dos funcionários e dinheiro em espécie, o que foi confirmado pelos policiais militares ouvidos em pretório e pelos registros do laudo pericial.

- A cortina de fumaça não impediu a prática do delito, mas apenas dificultou eventual fuga do réu da agência bancária. Das imagens constantes no laudo de exame pericial, não se consegue sequer visualizar a fumaça, tampouco a perita signatária a descreve. Os policiais, ouvidos em juízo, informaram que a visibilidade era baixa, mas não incompleta, tanto que lograram ingressar na agência e localizar o réu, que estava escondido. Desse modo, infere-se que não se tratou de uma cortina tão densa a ponto de obstar por completo a consecução do delito.
- Remanesce certo, portanto, que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, o que torna inviável o reconhecimento da absolvição almejada pela ilustrada defesa pública.
- Dosimetria da pena. Primeira fase. Corrige-se, *DE OFÍCIO*, erro material constante da r. sentença para fixar a pena em *02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa*.
- Segunda fase. O magistrado sentenciante reconheceu a atenuante genérica da confissão espontânea, o que se confirma. Em decorrência, fixa-se a pena, corrigida neste v. acórdão, em *02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa*, observado o teor da Súmula 231 do STJ.
- Terceira fase. A r. sentença reconheceu corretamente a tentativa (art. 14, inciso II, do Código Penal), já que o réu não logrou êxito em retirar os objetos do interior da agência bancária, graças à rápida intervenção dos policiais militares. Considerando-se a correção da pena neste v. Acórdão, e adotando-se a fração de 1/2 (metade) para a redução da pena, ora eleita pelo magistrado sentenciante, fixa-se a pena total e definitiva em *01 (um) ano de reclusão*.
- Embora os parâmetros previstos no artigo 49, *caput*, do Código Penal estabelecerem que a pena de multa será calculada por meio do mecanismo de dias-multa, não podendo nem ser inferior a 10 (dez) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no caso concreto, a r. sentença estabeleceu o pagamento de *05 (cinco) dias-multa*, o que não se deve alterar, tendo em vista a proibição da *reformatio in pejus*.
- Regime inicial. Tem-se que a pena privativa de liberdade foi recalculada para 01 (um) ano de reclusão. Analisando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, verifica-se que todos os vetores permaneceram neutros. Diante disso, não existem razões para que seja aplicado regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que a regra legal geral, qual seja, o regime inicial *ABERTO*.
- Saliente-se que a detração de que trata o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.736/2012, não influencia no regime, já que estabelecido o mais benéfico como forma inicial do resgate prisional (aberto).
- Substituição da pena. Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, e tendo em vista que a pena não superou 01 (um) ano de reclusão, substitui-se a reprimenda corporal por 01 (uma) restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes a serem designados pelo E. Juízo das Execuções Criminais.
- Nega-se provimento à Apelação defensiva, e, *DE OFÍCIO*, corrige-se

erro material constante da r. sentença quanto à pena-base, reduzindo, por consequência, a pena total e definitiva do réu para *01 (um) ano de reclusão*, a ser inicialmente cumprida no regime *ABERTO*, e pagamento de *05 (cinco) dias-multa*, cada um destes fixados no patamar mínimo legal e monetariamente atualizado. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substitui-se a reprimenda corporal por *01 (uma) restritiva de direitos*, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes a serem designados pelo E. Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO à Apelação defensiva, e, DE OFÍCIO, corrigir erro material constante da r. sentença quanto à pena-base, reduzindo, por consequência, a pena total e definitiva do réu para *01 (um) ano de reclusão*, a ser inicialmente cumprida no regime *ABERTO*, e pagamento de *05 (cinco) dias-multa*, cada um destes fixados no patamar mínimo legal e monetariamente atualizado. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substituir a reprimenda corporal por *01 (uma) restritiva de direitos*, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes a serem designados pelo E. Juízo das Execuções Criminais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União em favor de *ANTÔNIO AMÉRICO DA SILVA* (brasileiro e nascido aos 23.03.1984), contra a r. sentença proferida pelo Exmo. Juiz Federal *Bruno César Lorencini* (5ª Vara Federal Criminal de Guarulhos/SP) (ID 133636957) que, julgando *PROCEDENTE* o pedido formulado na Ação Penal Pública Incondicionada, *CONDENOU* o réu à pena corporal de *02 (dois) anos de reclusão*, a ser cumprida no regime inicial *ABERTO*, bem como ao pagamento de *05 (cinco) dias-multa*, cada qual fixado em *1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo* vigente à época dos fatos, pela prática do delito descrito no *artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal*. A pena corporal foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes a serem designados pelo E. Juízo das Execuções Criminais, e limitação de fim de semana, na forma do artigo 48 do Código Penal.

Consta da r. denúncia (ID 133636950), em síntese, que no dia 29.11.2019, por volta das 02h50m, no interior da agência bancária da Caixa Econômica Federal, situada à Av. Sete de Setembro, 590, Vila Galvão, no município de Guarulhos/SP, o réu *ANTÔNIO AMÉRICO DA SILVA* rompeu obstáculo e tentou subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, consistente em diversos cartões bancários, papéis e dinheiro em espécie, somente não logrando êxito na empreitada crimi-

nosa graças à intervenção da polícia militar. Apurou-se que os prejuízos causados pela ação do réu corresponderam a R\$ 641,13 (seiscentos e quarenta e um reais e treze centavos).

Diante disso, o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* denunciou o réu como incurso nas sanções do artigo 155, parágrafos 1º (repouso noturno) e 4º, inciso I (rompimento de obstáculo), c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

A r. denúncia foi recebida em 02.02.2019 (ID 133636951).

A r. sentença baixou em Secretaria em 26.04.2019 (ID 133636957).

A defesa do réu apresentou razões de Apelação (ID 133636961), pleiteando, em síntese, a atipicidade da conduta em razão do reconhecimento de crime impossível.

Contrarrazões de Apelação pela acusação (ID 133636962).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento da Apelação defensiva (ID 133857172).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

DA IMPUTAÇÃO

Consta da r. denúncia (ID 133636950), em síntese, que no dia 29.11.2019, por volta das 02h50m, no interior da agência bancária da Caixa Econômica Federal, situada à Av. Sete de Setembro, 590, Vila Galvão, no município de Guarulhos/SP, o réu *ANTÔNIO AMÉRICO DA SILVA* rompeu obstáculo e tentou subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, consistente em diversos cartões bancários, papéis e dinheiro em espécie, somente não logrando êxito na empreitada criminosa graças à intervenção da polícia militar. Apurou-se que os prejuízos causados pela ação do réu corresponderam a R\$ 641,13 (seiscentos e quarenta e um reais e treze centavos).

Diante disso, o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* denunciou o réu como incurso nas sanções do artigo 155, parágrafos 1º (repouso noturno) e 4º, inciso I (rompimento de obstáculo), c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

DA QUESTÃO DE FUNDO

DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

Ressalte-se que não houve impugnação quanto à autoria e a materialidade do delito previsto no artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pelo que incontroversas. Não se verifica tampouco a existência de qualquer ilegalidade a ser corrigida de ofício por este E. Tribunal Regional Federal. De rigor, portanto, a manutenção do reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, aliás, como não poderia deixar de ocorrer, ante o enorme arcabouço fático-probatório constante destes autos em desfavor do insurgente.

A propósito, cite-se, apenas a título ilustrativo, que o apelante foi flagrado enquanto tentava subtrair, do interior da agência bancária da Caixa Econômica Federal, objetos economicamente relevantes, tais como cartões de crédito e dinheiro, somente não logrando êxito na consumação da empreitada delitiva, graças à intervenção da polícia militar. A execução do crime foi corroborada pelos testemunhos judiciais dos policiais militares *Leandro Santos Benjamin* e *Paulo Henrique Fidencio*, responsáveis pela prisão em flagrante. O réu confirmou que adentrou à agência bancária, bem assim alegando que é morador de rua e estava sob o efeito de drogas. Tais aspectos, ainda que de forma resumida, permitem afiançar com a certeza necessária o cometimento da infração em tela (cuja materialidade e autoria sequer foram objeto de recurso da parte).

O recurso de Apelação manejado pela defesa devolveu ao conhecimento deste E. Tribunal Regional Federal apenas questões relativas ao reconhecimento da atipicidade da conduta em razão do crime impossível, o que será analisado a seguir.

DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA EM RAZÃO DO CRIME IMPOSSÍVEL

A figura do crime impossível encontra previsão no artigo 17 do Código Penal, *in verbis*:

Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

De acordo com o artigo transcrito, nota-se que, para que a tentativa não seja punida, o meio empregado pelo agente precisa ser absolutamente (completamente) ineficaz para a consecução da empreitada criminosa ou o objeto (pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo do tipo penal) precisa ser absolutamente impróprio para o desiderato pretendido pelo criminoso. Tais situações retratadas escoram-se na ideia de que o bem jurídico tutelado pela norma penal não corre risco algum em face da conduta (comissiva ou omissiva) levada a efeito, de modo que o crime é reputado como impossível.

Todavia, este não é o caso dos autos.

Isso porque, os elementos de persuasão racional colacionados no bojo do caderno processual asseguram que o meio empregado pelo réu era eficaz para a consecução da empreitada criminosa, na justa medida em que ele logrou acesso ao interior da agência bancária, não sem antes romper a parte acrílica correspondente ao compartimento para a guarda de objetos da porta de entrada. Adentrando ao recinto, o réu posicionou-se de forma livre e desimpedida para vasculhar as estações de trabalho dos funcionários e arrecadar os objetos economicamente aferíveis que lhe interessavam.

Os objetos visados pelo agente também eram absolutamente próprios para o desiderato criminoso pretendido, já que o réu logrou separar cartões de crédito de clientes, que possuem valor de mercado significativo, porquanto podem ser revendidos a criminosos para fins de clonagem e subtração de valores ou aquisição de mercadorias. Além disso, o réu teve absoluto acesso a outros bens móveis constantes no interior da agência bancária, como computadores, monitores, teclados, *mouses*, impressoras e dispositivos de informática diversos, além de

material de escritório, objetos pessoais dos funcionários e dinheiro em espécie, o que foi confirmado pelos policiais militares ouvidos em pretório e pelos registros do laudo pericial (ID 133636946 - fls. 10/15).

A propósito, a prova oral aduziu que o réu chegou a separar alguns dos bens móveis visados em uma sacola, somente não logrando êxito na subtração, graças ao acionamento do dispositivo de fumaça e à rápida intervenção da polícia militar.

Não se trata, assim, de hipótese de crime impossível, seja porque o réu desenvolveu meio eficaz para ingressar na agência e subtrair os bens que lhe interessavam, seja porque os objetos eram economicamente atraentes e passíveis de subtração. Portanto, a ação fora efetivamente perigosa para o bem jurídico protegido e os atos do réu tendiam ao êxito, não fosse a rápida intervenção da polícia militar.

A defesa ainda afirma que o dispositivo de segurança (*cortina de fumaça*) instalado na agência bancária não permitiria que o réu lograsse êxito na ação criminosa, tornando impossível a consumação do furto qualificado. No entanto, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que a existência de dispositivos eletrônicos não torna impossível a prática do crime de furto.

Nesse sentido é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. SISTEMAS DE SEGURANÇA. MEIO IDÔNEO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. ART. 543-C DO CPC. 1. A Egrégia Terceira Seção, em julgamento de recurso submetido à sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Penal, firmou a tese de que *a existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial*, devendo ser reconhecida a idoneidade da tentativa. 2. A utilização pela vítima de mais de um dispositivo de segurança não tem o condão de esmaecer a jurisprudência consolidada nesta Corte. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 719421 SP 2015/0130656-2, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 10/12/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2016)

No mesmo sentido é o posicionamento desta E. Turma Julgadora:

E M E N T A PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO. DOLO COMPROVADO. CRIME IMPOSSÍVEL NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO E PENA MANTIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O dolo ficou evidenciado no momento em que o acusado, valendo-se da sua condição de funcionário da ECT, violou correspondência e indevidamente se apropriou de telefone celular nela contido, buscando, com isso, obter vantagem indevida. 2. *O fato de o estabelecimento contar com câmeras de vigilância e sistema de alarme não impede, por si só, a consumação de um crime. Quando muito, pode dificultar sua prática, razão pela qual não se pode falar em ineficácia absoluta do meio escolhido pelo agente.* Súmula 567 do STJ. 3. Apelação não provida. (TRF-3 - ApCrim: 00092688120164036181 SP, Relator: Desembargador Federal NINO OLIVEIRA TOLDO, Data de Julgamento: 30/11/2020, 11ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 04/12/2020)

No caso concreto, a cortina de fumaça não impediu a prática do delito, mas apenas dificultou eventual fuga do réu da agência bancária. Das imagens constantes no laudo de exame pericial (ID 133636947 - fls. 21/27), não se consegue sequer visualizar a fumaça, tampouco a perita signatária a descreve. Os policiais, ouvidos em juízo, informaram que a visibilidade era baixa, mas não incompleta, tanto que lograram ingressar na agência e localizar o réu, que estava escondido. Desse modo, infere-se que não se tratou de uma cortina tão densa a ponto de obstar por completo a consecução do delito.

Remanesce certo, portanto, que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, como alhures referido, o que torna inviável o reconhecimento da absolvição almejada pela ilustrada defesa pública.

DOSIMETRIA DA PENA

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.

Primeira Fase

Na primeira fase da dosimetria penal, o magistrado sentenciante afirmou não haver circunstâncias judiciais negativas que permitissem exasperar a reprimenda. Assim, fixou a pena-base no patamar mínimo legal.

No entanto, há erro material no julgado, na justa medida em que a r. sentença considerou que a pena mínima do crime de furto qualificado é de 04 (quatro) anos de reclusão. Entretanto, a reprimenda inicial é de 02 (dois) anos de reclusão, *in verbis* (g.n.):

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de *dois a oito anos*, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Portanto, é o caso de corrigir-se, *DE OFÍCIO*, erro material constante da r. sentença para fixar a pena em *02 (dois) anos de reclusão* e pagamento de *10 (dez) dias-multa*.

Segunda Fase

Na segunda fase, o magistrado sentenciante reconheceu a atenuante genérica da confissão espontânea, o que se confirma, notadamente porquanto não há recurso das partes nesse aspecto.

Em decorrência, fixa-se a pena, corrigida neste v. acórdão, em *02 (dois) anos de reclusão* e pagamento de *10 (dez) dias-multa*, observado o teor da Súmula 231 do STJ.

Terceira Fase

Na terceira fase, o magistrado deixou de reconhecer a causa de aumento referente ao repouso noturno, por considerar que o furto foi praticado no interior de uma agência bancária.

Com relação à causa de aumento de pena relacionada à prática do crime durante o repouso noturno, o julgado de minha relatoria, mencionado na r. sentença, não se adéqua ao presente caso, pois tratava-se, naquele feito, de delito praticado em horário mais cedo (21h30m), em região metropolitana, em que comumente as pessoas ainda não estão descansando, atendendo aos usos e costumes de um grande centro urbano. Entretanto, à míngua de recurso da acusação, deixa-se de analisar a majorante do repouso noturno no caso concreto em análise (delito praticado às 02h50m).

A r. sentença reconheceu corretamente a tentativa (art. 14, inciso II, do Código Penal), já que o réu não logrou êxito em retirar os objetos do interior da agência bancária, graças à rápida intervenção dos policiais militares.

Assim, considerando-se a correção da pena neste v. Acórdão, e adotando-se a fração de 1/2 (metade) para a redução, ora eleita pelo magistrado sentenciante, fixa-se a pena total e definitiva em *01 (um) ano de reclusão*.

Embora os parâmetros previstos no artigo 49, *caput*, do Código Penal estabeleçam que a pena de multa será calculada por meio do mecanismo de dias-multa, não podendo nem ser inferior a 10 (dez) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no caso concreto, a r. sentença estabeleceu o pagamento de *05 (cinco) dias-multa*, o que não se deve alterar, tendo em vista a proibição da *reformatio in pejus*.

REGIME INICIAL

A r. sentença fixou o regime semiaberto como forma inicial do resgate prisional.

In casu, tem-se que a pena privativa de liberdade foi recalculada para 01 (um) ano de reclusão. Analisando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, verifica-se que todos os vetores permaneceram neutros. Diante disso, não existem razões para que seja aplicado regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que a regra legal geral, qual seja, o regime inicial *ABERTO*.

Saliente-se que a detração de que trata o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.736/2012, não influencia no regime, já que estabelecido o mais benéfico como forma inicial do resgate prisional (aberto).

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, e tendo em vista que a pena não superou 01 (um) ano de reclusão, substitui-se a reprimenda corporal

por *01 (uma) restritiva de direitos*, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes a serem designados pelo E. Juízo das Execuções Criminais.

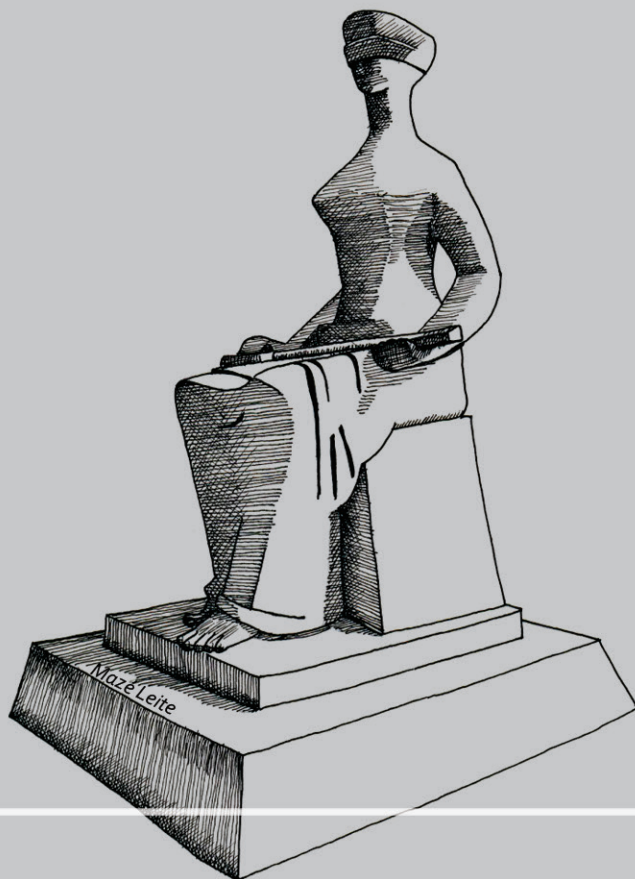
DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *NEGAR PROVIMENTO* à Apelação defensiva, e, *DE OFÍCIO*, corrigir erro material constante da r. sentença quanto à pena-base, reduzindo, por consequência, a pena total e definitiva do réu para *01 (um) ano de reclusão*, a ser inicialmente cumprida no regime *ABERTO*, e pagamento de *05 (cinco) dias-multa*, cada um destes fixados no patamar mínimo legal e monetariamente atualizado. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substitui-se a reprimenda corporal por *01 (uma) restritiva de direitos*, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes a serem designados pelo E. Juízo das Execuções Criminais.

É o voto.

Comunique-se ao Juízo das Execuções Criminais.

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL

0006504-49.2013.4.03.6110

Apelante: HELIO MERLINI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA JUDICIALMENTE EM APOSENTADORIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO TÍTULO JUDICIAL.

I- A parte autora ajuizou a *ação anterior nº 2007.63.15.010151-0*, em 4/7/07, visando à concessão da aposentadoria por tempo de serviço desde a data do requerimento administrativo (16/2/05), mediante o enquadramento, como especial, das atividades exercidas no período de 7/3/97 a 16/2/05. O Juizado Especial Federal da 3ª Região *julgou procedente* o pedido. A Segunda Turma Recursal, por unanimidade, negou provimento ao recurso do INSS e deu parcial provimento ao recurso da parte autora *"para que o INSS seja condenado ao pagamento dos valores atrasados, consistente na soma das parcelas do benefício previdenciário que se venceram antes do ajuizamento da ação, limitados no patamar de 60 (sessenta) salários mínimos vigente na época da propositura da ação, devidamente atualizado até a data da realização da nova conta, bem como das parcelas que se venceram após o ajuizamento da ação sem qualquer limitação"* (ID 107382001, p. 143). A decisão transitou em julgado em 7/11/13.

II- Em 22/11/13, o autor ajuizou a presente ação, pleiteando a *conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial*, sob o fundamento de que, considerando o período de atividade especial reconhecido na ação anterior, o demandante, na data do requerimento administrativo, já possuía, na verdade, o direito à aposentadoria especial.

III- Dispõe o art. 503 do CPC/15 que a *"decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida"*.

IV- Após o trânsito em julgado da decisão proferida no processo acima mencionado, o autor tornou-se segurado aposentado com direito à *aposentadoria por tempo de contribuição*, sendo que o inc. II, do art. 124, da Lei nº 8.213/91, é expresso ao vedar ao segurado o recebimento de *"mais de uma aposentadoria"*, motivo pelo qual não procede o pedido de concessão de aposentadoria especial.

V- A revisão do que já foi estatuído em decisão, com trânsito em julgado, somente é possível no caso de posterior modificação no estado de fato ou de direito (inc. I, do art. 505, do CPC/15), não sendo esta a hipótese do presente feito. O autor, quando do ingresso da ação anterior, já deveria ter pleiteado a concessão da aposentadoria especial. Não o fazendo e

tendo, ao revés, formulado requerimento de benefício diverso, deve então sujeitar-se ao título judicial formado na referida ação.

VI- A concessão *judicial* de uma nova aposentadoria somente seria possível mediante a desconstituição do anterior título judicial transitado em julgado, motivo pelo qual não merece reforma a R. sentença.

VII- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em 22/11/13 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à *conversão da aposentadoria por tempo de contribuição concedida judicialmente em aposentadoria especial* desde a data do requerimento administrativo (16/2/05). Pleiteia, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo a quo *julgou extinto o processo, sem resolução do mérito*, com fundamento no art. 267, inc. V, do CPC/73. Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada, apelou a parte autora, pleiteando a reforma da R. sentença, tendo em vista "que o processo em curso não requer a CONCESSÃO de aposentadoria e sim a REVISÃO da ESPÉCIE de benefício. É fato que o mérito foi julgado. E, no presente processo não pretende o Recorrente a rediscussão do mérito. Este já está selado com o selo da imutabilidade. E, uma vez julgado o mérito na ação anterior, dando-lhe direito à concessão de benefício mais vantajoso, caberia ao próprio juízo, ainda na ação anterior, ter determinado a concessão da aposentadoria ESPECIAL, vez que o Juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo como pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art.131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto" (ID 107382001, p. 163).

Após, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Compulsando os autos, observo que a parte autora ajuizou a *ação anterior nº 2007.63.15.010151-0*, em 4/7/07, visando à concessão da aposentadoria por tempo

de serviço desde a data do requerimento administrativo (16/2/05), mediante o enquadramento, como especial, das atividades exercidas no período de 7/3/97 a 16/2/05. O Juizado Especial Federal da 3ª Região *julgou procedente* o pedido. A Segunda Turma Recursal, por unanimidade, negou provimento ao recurso do INSS e deu parcial provimento ao recurso da parte autora *"para que o INSS seja condenado ao pagamento dos valores atrasados, consistente na soma das parcelas do benefício previdenciário que se venceram antes do ajuizamento da ação, limitados no patamar de 60 (sessenta) salários mínimos vigente na época da propositura da ação, devidamente atualizado até a data da realização da nova conta, bem como das parcelas que se venceram após o ajuizamento da ação sem qualquer limitação"* (ID 107382001, p. 143). A decisão transitou em julgado em 7/11/13.

Em 22/11/13, o autor ajuizou a presente ação, pleiteando a *conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial* , sob o fundamento de que, considerando o período de atividade especial reconhecido na ação anterior, o demandante, na data do requerimento administrativo, já possuía, na verdade, o direito à aposentadoria especial.

Dispõe o art. 503 do CPC/15 que a *"decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida"* .

Assim, após o trânsito em julgado da decisão proferida no processo acima mencionado, o autor tornou-se segurado aposentado com direito à *aposentadoria por tempo de contribuição* , sendo que o inc. II, do art. 124, da Lei nº 8.213/91, é expresso ao vedar ao segurado o recebimento de *"mais de uma aposentadoria"* , motivo pelo qual não procede o pedido de concessão de aposentadoria especial.

Outrossim, não há que se falar em *conversão* da aposentadoria por tempo de contribuição, constante do título judicial transitado em julgado, em aposentadoria especial, por ser vedado discutir *"questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão"* (art. 507, do CPC/15).

A revisão do que já foi estatuído em decisão, com trânsito em julgado, somente é possível no caso de posterior modificação no estado de fato ou de direito (inc. I, do art. 505, do CPC/15), não sendo esta a hipótese do presente feito. O autor, quando do ingresso da ação anterior, já deveria ter pleiteado a concessão da aposentadoria especial. Não o fazendo e tendo, ao revés, formulado requerimento de benefício diverso, deve então sujeitar-se ao título judicial formado na referida ação.

A concessão *judicial* de uma nova aposentadoria somente seria possível mediante a desconstituição do anterior título judicial transitado em julgado, motivo pelo qual não merece reforma a R. sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0000438-75.2017.4.03.6122

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelados: MARIA APARECIDA RODRIGUES PERES, VALDECIR MOREIRA PERES, ANTONIO MOREIRA RODRIGUES, JOSE CARLOS RODRIGUES, PAULO MOREIRA RODRIGUES, DIVANIR MOREIRA RODRIGUES, LUIS MOREIRA RODRIGUES, SEBASTIAO RODRIGUES, ROBERTO MOREIRA RODRIGUES, JAIR MOREIRA RODRIGUES, EVANDRO MOREIRA RODRIGUES
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DO JULGADO AGRAVADO. REVISÃO DO BENEFÍCIO PROPOSTA PELO SUCESSOR. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE COBRANÇA. ARTIGOS 201, §§5º e 6º DA CF NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL.

1. Ação de cobrança das diferenças decorrentes da aplicação dos artigos 201, §§5º e 6º da Constituição Federal, na sua redação original, pertinentes aos benefícios dos irmãos falecidos do autor.
2. Questão relativa à legitimidade do autor já superada em decorrência do entendimento da decisão anterior exarada nos presentes autos.
3. Pela Constituição Federal, em 5/10/1988, o valor mínimo do benefício e a gratificação natalina passaram a observar as regras dos comandos constitucionais, na sua redação original anterior a EC 20/98, previstos no art. 201, § 5º e § 6º.
4. A autarquia, por meio da Portaria GM/MP n.º 714, de 09.12.1993, reconheceu a auto aplicabilidade do § 5º, do artigo 201 da Constituição Federal, determinando o seu pagamento pela via administrativa. Ato que deu início a um novo prazo prescricional, cujo término se deu em 08/12/1998.
5. Alegação de ocorrência da prescrição afastada pelo Superior Tribunal de Justiça em oportunidade anterior.
6. Agravo interno da autarquia improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO ao agravo do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS contra decisão que, nos termos do art. 932 do CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), rejeitou a matéria preli-

minar e, no mérito, deu parcial provimento ao seu apelo para fixar os critérios de correção monetária e dos juros de mora e manteve a procedência do pedido quanto à cobrança das diferenças referentes à aplicação dos artigos 201, §§5º e 6º da Constituição Federal, na sua redação original.

A parte agravante afirma que o STJ, ao analisar a presente demanda, afastou a prescrição “para pleitear o pagamento das diferenças, mas não a prescrição das parcelas atrasadas referentes ao período anterior ao lapso de 5 anos do ajuizamento da ação.” Sustenta que o direito do autor de pleitear as diferenças dos benefícios previdenciários não foi atingido pela prescrição, o que não significa que uma ou mais parcelas atrasadas devidas não tenham sido abrangidas pela prescrição quinquenal contada da data do ajuizamento da ação. Alega que, no caso dos autos, como os titulares dos benefícios previdenciários faleceram em 16/04/89 e 17/08/90 e ação foi proposta apenas em 05/02/1998, fica claro que todas as parcelas atrasadas foram atingidas pela prescrição quinquenal, de modo que nada será devido aos autores.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

O caso dos autos não é de retratação.

Consigno que tal qual o pretérito artigo 557 do CPC de 1973, a regra do artigo 932, incisos IV e V, do Novo CPC pode ser utilizada no caso de jurisprudência dominante, ressaltando-se que alegações de descabimento da decisão monocrática ou nulidade perdem o objeto com a mera submissão do agravo ao crivo da Turma (*mutatis mutandis*, vide STJ-Corte Especial, REsp 1.049.974, Min. Luiz Fux, j. 2.6.10, DJ 3.8910).

Ajuizou o autor Henrique Rodrigues a presente ação de cobrança das diferenças decorrentes da aplicação dos artigos 201, §§5º e 6º da Constituição Federal, na sua redação original, pertinentes aos benefícios de seus irmãos falecidos Francisco Rodrigues Cruz e Rosalina de Jesus.

Constam nos autos as certidões de óbito de Francisco Rodrigues Cruz e Rosalina de Jesus (id 124243127 – pgs. 23 e 26).

A primeira sentença reconheceu a prescrição (id 124243127 – pg. 181/184), decisão que foi mantida por esta Corte ao apreciar a apelação (id 124243127 – pg. 224/226).

Após a redistribuição desta ação (id 124243127 – pg. 244), a Oitava Turma, por ocasião da análise dos embargos de declaração opostos pela parte autora, expressamente reconheceu a legitimidade do demandante para pleitear, em nome próprio, o pagamento das diferenças supostamente não pagas pelo INSS a seus irmãos falecidos, beneficiários da Previdência Social (id 124243127 – pg. 251/256).

Apresentado o recurso especial, o E. Superior Tribunal de Justiça afastou a motivação que impedia o acolhimento do pedido, ou seja, a prescrição (id 124243127 – pg. 340/344). Ato contínuo, os autos retornaram à vara de origem.

Diante do falecimento do autor, procedeu-se à habilitação dos sucessores de Henrique Rodrigues, a saber: Maria Aparecida Rodrigues Peres, Valdecir Moreira Peres, Antônio Moreira Rodrigues, José Carlos Rodrigues, Paulo Moreira Rodrigues, Divanir Moreira Rodrigues, Luis Moreira Rodrigues, Sebastião Rodrigues, Roberto Moreira Rodrigues, Jair Moreira Rodrigues e Evandro Moreira Rodrigues (id 124243128 – pg. 4/79), inclusive com a concordância da autarquia (id 124243128 – pg. 80).

A r. sentença (id 124243128 – pg. 85/88) julgou procedente o pedido para condenar o INSS a pagar aos autores os valores devidos aos ex-segurados Francisco Rodrigues Cruz e Rosalina de Jesus. Determinou que as diferenças devidas, respeitadas as datas de início e cessação dos benefícios em razão dos óbitos, descontados valores pagos administrativamente, deverão ser apuradas após o trânsito em julgado, mediante simples cálculos aritméticos, incidindo juros e atualização monetária na forma exposta no corpo da sentença. Fixou os honorários advocatícios a cargo do INSS no montante correspondente a 10% sobre o valor da condenação até a data da prolação da sentença (Súmula n. 111 do STJ).

Em suas razões de apelação (id 124243128 – pg. 93/101), o INSS alegou preliminarmente, ilegitimidade dos sucessores, além da prescrição.

A decisão monocrática afastou ambas argumentações.

Em primeiro lugar, observou que a questão relativa a legitimidade do autor Henrique Rodrigues cobrar diferenças decorrentes da imediata aplicação dos artigos 201, §§5º e 6º da Constituição Federal, na sua redação original, pertinentes aos benefícios de seus irmãos falecidos Francisco Rodrigues Cruz e Rosalina de Jesus já estava superada em decorrência do entendimento da decisão anterior exarada nos presentes autos (id 124243127 – pg. 252). Observe-se que a questão se encontra pacificada pelo E STJ, ao julgar os RESP 1856967/ES, 1856968/ES e 1856969/RJ em 23/6/2021, pelo regime de recurso repetitivo (Tema 1057).

Do mesmo modo, foi consignado que a questão relativa a prescrição também foi afastada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça por ocasião da apreciação do Recurso Especial interposto (id 124243127 – pg. 340/344).

Porém, neste recurso, o INSS retoma à sua insurgência, sob o fundamento de que o STJ ao analisar a presente demanda, afastou a prescrição de fundo, ou seja, *“para pleitear o pagamento das diferenças, mas não a prescrição das parcelas atrasadas referentes ao período anterior ao lapso de 5 anos do ajuizamento da ação.”*

Passo à análise do caso em tela.

Francisco Rodrigues Cruz era beneficiário da aposentadoria por velhice – trabalhador rural (NB 07/097.848.924-1 – DIB 20/11/1984 – id 124243127 – pg. 22) cessado em decorrência do óbito em DCB 1/4/1989 e Rosalina de Jesus era beneficiária da aposentadoria por velhice – trabalhador rural (NB 07/096.411.047-4 – DIB 1/9/1981 – id 124243127 – pg. 25) cessada em decorrência do óbito em 17/8/1990.

Os benefícios pagos não alcançavam ao valor do salário mínimo e não possuíam previsão relativa a gratificação natalina. Portanto, esta demanda configura uma ação de cobrança a incidir sobre valores que deveriam ter sido pagos durante determinado período.

Com o advento da Constituição Federal em 5/10/1988, o valor mínimo do benefício e a gratificação natalina passaram a observar as regras dos comandos constitucionais, na sua redação original anterior a EC 20/98, previstos no art. 201, § 5º e § 6º, segundo os quais: *"nenhum benefício que substitua o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo"* (§ 5º) e *"a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano"* (§ 6º).

A auto aplicabilidade das citadas regras restou pacificada. Cito como exemplo os seguintes julgados: RE-AgR nº 151106/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/9/93, DJ 26/11/93, pág. 25516 e RE-AgR nº 157035/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 09/11/93, DJ 15/4/94, pág. 8067.

Nesta Corte, foram editadas as Súmulas n.ºs 05 e 13 de seguinte teor:

Súmula 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."

Súmula 13:

"O artigo 201, parágrafo 6º da CF, tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento da gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989."

Ademais, a própria autarquia, por meio da Portaria GM/MP n.º 714, de 09.12.1993, reconheceu a auto aplicabilidade do § 5º, do artigo 201 da Constituição Federal, determinando o seu pagamento pela via administrativa.

Anote-se que esse ato deu início a um novo prazo prescricional, cujo término se deu em 08/12/1998 (STJ; Terceira Seção; EREsp 347353/CE; proc. 2002/0085277-2; DJU 19/05/2008; Rel. Min. Paulo Gallotti; v.u.).

E foi exatamente esse posicionamento adotado pelo C STJ nos presentes autos, conforme pode ser conferido pelo seguinte trecho (id 124243127 pg. 340/344): *"Com efeito, esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que as ações propostas até 8/12/1998, para pleitear o pagamento das diferenças reconhecidas pela Portaria Ministerial n. 714/1993, não estão alcançadas pela prescrição. (...) No caso dos autos, como a ação foi proposta em 5/2/1998, não se operou a prescrição."*

Mantida as conclusões previamente exaradas.

No mais, é forte na 3ª Seção desta Casa jurisprudência no sentido de que decisões condizentemente fundamentadas e sem máculas, tais como ilegalidade ou abuso de poder, não devem ser modificadas, *verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1- Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada se solidamente fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. (...)

4- Agravo improvido." (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AgRgMS 235404, proc. 2002.03.00.015855-6, rel. Des. Fed. Santos Neves, v. u., DJU 23/8/2007, p. 939)

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

(...)

VI - Agravo não provido." (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AgRgAR 6420, A competência para processar e julgar as ações rescisórias ajuizadas contra decisões proferidas pelos Juizados Federais é do órgão de interposição dos próprios Juizados, isto é, das Turmas Recursais, não do Tribunal Regional Federal (artigos 102, I, 'j', 105, I, 'e', e 108, I, 'b', CF/88).

Esclareça-se que às Cortes Regionais Federais não incumbe rever os decisórios oriundos dos Juizados Especiais Federais, por se tratarem de órgãos jurisdicionais diversos.

De resto, fixadas a estruturação e competência da Justiça Especializada por força de lei (Leis nº 9.099/95 e 10.259/2001), cedo que o reexame das causas ali julgadas há de ser realizado pelos Juízos de interposição correlatos". (Turmas Recursais proc. 2008.03.00.034022-1, rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., DJF3 21/11/2008).

Ainda: AgRgAR 5182, rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., e-DJF3 24/9/2012; AgAR 2518, rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, v. u., e-DJF3 17/8/2012; AgAR 2495, rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, v. u., e-DJF3 23/7/2012; AgRgAR 8536, rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v. u., e-DJF3 22/5/2012; AgRgAR 8419, rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v. u., e-DJF3 16/3/2012.

Por fim, "Não viola o princípio da legalidade a invocação da jurisprudência como razão de decidir; *reportar-se à jurisprudência é forma abreviada de acolher a interpretação da lei que nela se consagrou*" (STF - 1ª T., AI 201.132-9-AgRg, Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.11.97, DJU 19.12.97)." (NEGRÃO, Theotônio; FERREIRA GOUVÊA, José Roberto; AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme; NAVES DA FONSECA, João Francisco. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 44ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 520) (g. n.).

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.

Por derradeiro, *advirto o recorrente de que no caso de persistência, caberá aplicação de multa.*

Isso posto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo do INSS.

É o voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0015613-21.2017.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIO CLAUDENIR TUNIATI
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REAFIRMAÇÃO DA DER. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

- Nos termos do artigo 1.040, II, do CPC/2015, uma vez publicado o acórdão paradigma, *"o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior"*. Como se vê, o juízo de retratação tem lugar quando o acórdão recorrido divergir do entendimento adotado pelo STF ou pelo STJ num precedente de observância obrigatória.

- O acórdão recorrido contraria o entendimento que veio a ser consagrado pelo C. STJ, no julgamento do Tema Repetitivo nº 995, com base no art. 493, do CPC/2015, oportunidade em que se firmou entendimento de que é possível requerer a reafirmação da DER até segunda instância, considerando-se contribuições vertidas após o início da ação judicial até o momento em que o segurado houver implementado os requisitos para a benesse postulada.

- De rigor a retratação, pois, embora o segurado não somasse tempo de serviço suficiente à concessão da aposentadoria por tempo de serviço na data da DER inicial, o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS revela que ele recebeu benefício previdenciário de auxílio-doença e continuou exercendo atividade laborativa após o ajuizamento da demanda (ID. 107656972 - Pág. 77), de modo que tem o direito a reafirmação da DER, conforme requerido em seu recurso, a fim de lhe ser concedido o benefício mais vantajoso.

- Somados os períodos urbanos comuns constantes da CTPS e do CNIS, aos reconhecidos como tempo especial nesta demanda, resulta até 27/11/2012 (reafirmação da DER) num total de tempo de serviço de 35 anos, conforme demonstra referida planilha juntada no voto, fazendo jus à aposentadoria integral por tempo de contribuição (CF/88, art. 201, § 7º, inc. I, com redação dada pela EC 20/98).

- Reconhecido o direito da parte autora à concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, com termo inicial em 27/11/2012, mediante a reafirmação da DER, bem assim ao pagamento dos valores atrasados desde o termo inicial, considerando que desde então o autor preenchia os requisitos necessários à concessão do benefício pleiteado.

- O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do preenchimento dos requisitos para a concessão da benesse, 27/11/2012, com efeitos financeiros a partir de então, consoante os critérios estabelecidos no julgamento do Tema 995/STJ.
- No que diz respeito à data inicial dos juros de mora, considerando tratar-se de reafirmação da DER, a Tese 995/STJ deve ser aplicada integralmente, inclusive no tocante aos juros de mora, que devem incidir sobre as parcelas vencidas somente após decorrido o prazo de 45 dias para o INSS implantar o benefício concedido.
- Considerando que o benefício é devido apenas a partir da data da reafirmação da DER, fato novo no presente feito, os juros de mora não devem incidir a partir da citação, momento em que, como ressaltado, o segurado ainda não fazia jus ao benefício.
- Dessa forma, os juros de mora devem incidir, tão somente, após o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da publicação da decisão que procedeu à reafirmação da DER, pois é apenas a partir desse prazo legal, previsto no artigo 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91 (aplicação analógica à hipótese), que o INSS tomará ciência do fato novo considerado, constituindo-se em mora.
- O C. STJ, ao apreciar os embargos de declaração opostos no RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.063 - SP (2018/0046508-9), no qual se assentou a possibilidade de reafirmação da DER (tema 995), adotou o entendimento de que *"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"*.
- No caso dos autos, verifico que o INSS não ofereceu resistência ao pedido requerido em sede de embargos de declaração opostos pelo autor, motivo pelo qual a verba honorária não poderia ser majorada, na forma como estabelecida na decisão ora embargada.
- Nada obstante, deve ser mantida a condenação do INSS na verba honorária estabelecida no v. acórdão de id. Num. 107656972 - Pág. 86, em decorrência da sucumbência dos períodos de atividade especial reconhecidos.
- Juízo de retratação positivo. Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu exercer juízo de retratação positivo, para acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo INSS, a fim de condenar o INSS a reconhecer o direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em favor do autor, mediante a reafirmação em 27/11/2012 (reafirmação da DER), bem como ao pagamento das parcelas devidas desde a data do início do benefício até a efetiva implantação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

A EXMA DESEMBARGADORA FEDERAL DRA. INÊS VIRGÍNIA (Relatora): Trata-se de juízo de retratação em face do v. Acórdão de id. Num. 107656972 - Pág. 101, encaminhado nos termos do art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, considerando a decisão proferida pelo E. STJ, no REsp 1727069/SP.

O v. acórdão em comento, foi julgado por esta C. 7 Turma, no dia 29/07/2019, que, por unanimidade, decidiu acolher parcialmente os embargos de declaração apenas para determinar que eventual devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada seja analisada e decidida em sede de execução, conforme artigo 302, 1, e o parágrafo único, do CPC/2015, e de acordo com o que restar decidido no julgamento do Tema 692, pelo c. Superior Tribunal de Justiça.

Inconformada, a parte autora interpôs Recurso Especial, pugnando pelo cômputo do período de 12/1977 a 12/1979 e a reafirmação da DER para o momento em que implementou os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Ao proceder ao Juízo de admissibilidade, a e. Desembargadora Federal Vice-Presidente proferiu decisão determinando a devolução dos autos à Turma Julgadora, para verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação na espécie, por estar o acórdão, em tese, em desacordo com o entendimento do Eg. STJ, adotado em sede de repetitivo (REsp 1727069/SP), notadamente, quanto à possibilidade de reafirmação da DER.

É o relatório.

VOTO

A EXMA DESEMBARGADORA FEDERAL DRA. INÊS VIRGÍNIA (Relatora): Inicialmente, ressalta-se que incabíveis quaisquer considerações sobre a possibilidade de cômputo do período de 12/1977 a 12/1979 em que o autor alega ter recolhido contribuições previdenciárias como contribuinte autônomo, porquanto o recurso especial determinou apenas reanálise quanto à reafirmação da DER.

Nos termos do artigo 1.040, II, do CPC/2015, uma vez publicado o acórdão paradigma, "*o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior*".

Como se vê, o juízo de retratação tem lugar quando o acórdão recorrido divergir do entendimento adotado pelo STF ou pelo STJ num precedente de observância obrigatória.

De fato, o acórdão recorrido contraria o entendimento que veio a ser consagrado pelo C. STJ, no julgamento do Tema Repetitivo nº 995, com base no art. 493, do CPC/2015, oportunidade em que se firmou entendimento de que é possível requerer a reafirmação da DER até segunda instância, considerando-se contribuições vertidas após o início da ação judicial até o momento em que o segurado houver implementado os requisitos para a benesse postulada.

Assim, de rigor a retratação, pois, embora o segurado não somasse tempo de serviço suficiente à concessão da aposentadoria por tempo de serviço na data da DER inicial, o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS revela que ele recebeu benefício previdenciário de auxílio-doença e continuou exercendo atividade laborativa após o ajuizamento da demanda (ID. 107656972 - Pág. 77), de modo que tem o direito a reafirmação da DER, conforme requerido em seu recurso, a fim de lhe ser concedido o benefício postulado.

Diante deste cenário, somados os períodos urbanos comuns constantes da CTPS e do CNIS, aos reconhecidos como tempo especial nesta demanda, resulta até 27/11/2012 (reafirmação da DER) num total de tempo de serviço de 35 anos, conforme demonstra referida planilha juntada no voto, fazendo jus à aposentadoria integral por tempo de contribuição (CF/88, art. 201, § 7º, inc. I, com redação dada pela EC 20/98).

**CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO
TEMPO DE SERVIÇO COMUM (com conversões)**

Data de Nascimento	15/04/1951
Sexo	Masculino
DER	14/01/2010
Reafirmação da DER	27/11/2012

Nº	Início	Fim	Fator	Tempo	Carência
1	01/02/1980	10/06/1985	1.40 Especial	5 anos, 4 meses e 10 dias + 2 anos, 1 meses e 22 dias = 7 anos, 6 meses e 2 dias	65
2	01/04/1987	12/01/1988	1.40 Especial	0 anos, 9 meses e 12 dias + 0 anos, 3 meses e 22 dias = 1 anos, 1 meses e 4 dias	10
3	01/04/1988	30/04/1992	1.40 Especial	4 anos, 1 meses e 0 dias + 1 anos, 7 meses e 18 dias = 5 anos, 8 meses e 18 dias	49
4	02/05/1994	18/11/1994	1.40 Especial	0 anos, 6 meses e 17 dias + 0 anos, 2 meses e 18 dias = 0 anos, 9 meses e 5 dias	7
5	01/08/1995	10/07/1996	1.40 Especial	0 anos, 11 meses e 10 dias + 0 anos, 4 meses e 16 dias = 1 anos, 3 meses e 26 dias	12
6	02/01/1997	14/09/2004	1.40 Especial	7 anos, 8 meses e 13 dias + 3 anos, 0 meses e 29 dias = 10 anos, 9 meses e 12 dias	93
7	12/04/2005	31/03/2010	1.40 Especial	4 anos, 11 meses e 19 dias + 1 anos, 11 meses e 25 dias = 6 anos, 11 meses e 14 dias Período parcialmente posterior à DER	60
8	11/10/2011	23/12/2011	1.00	0 anos, 2 meses e 13 dias Período posterior à DER	3
9	02/04/2012	27/11/2012	1.00	0 anos, 7 meses e 26 dias Período posterior à DER	8

Marco Temporal	Tempo de contribuição	Carência	Idade	Pontos (Lei 13.183/2015)
Até a data da EC nº 20/98 (16/12/1998)	19 anos, 1 meses e 22 dias	167	47 anos, 8 meses e 1 dias	inaplicável
Pedágio (EC 20/98)	4 anos, 4 meses e 3 dias			
Até a data da Lei 9.876/99 (28/11/1999)	20 anos, 5 meses e 20 dias	178	48 anos, 7 meses e 13 dias	inaplicável
Até a DER (14/01/2010)	33 anos, 10 meses e 5 dias	294	58 anos, 8 meses e 29 dias	inaplicável
Até a reafirmação da DER (27/11/2012)	35 anos, 0 meses e 0 dias	307	61 anos, 7 meses e 12 dias	inaplicável

- Aposentadoria por tempo de serviço / contribuição

Nessas condições, em 16/12/1998, a parte autora *não* tem direito à aposentadoria por tempo de serviço, ainda que proporcional (regras anteriores à EC 20/98), porque não cumpre o tempo mínimo de serviço de 30 anos.

Em 14/01/2010 (DER), a parte autora *não* tem direito à aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que proporcional (regras de transição da EC 20/98), porque não preenche o pedágio de 4 anos, 4 meses e 3 dias (EC 20/98, art. 9º, § 1º, inc. I) .

Em 27/11/2012 (reafirmação da DER), a parte autora *tem direito à aposentadoria integral por tempo de contribuição* (CF/88, art. 201, § 7º, inc. I, com redação dada pela EC 20/98). O cálculo do benefício deve ser feito de acordo com a Lei 9.876/99, com a incidência do fator previdenciário, porque a reafirmação da DER é anterior a 18/06/2015, dia do início da vigência da MP 676/2015, que incluiu o art. 29-C na Lei 8.213/91.

Por isso, reconheço o direito da parte autora à concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, com termo inicial em 27/11/2012, mediante a reafirmação da DER, bem assim ao pagamento dos valores atrasados desde o termo inicial, considerando que desde então o autor preenchia os requisitos necessários à concessão do benefício pleiteado.

TERMO INICIAL

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do preenchimento dos requisitos para a concessão da benesse, 27/11/2012, com efeitos financeiros a partir de então, consoante os critérios estabelecidos no julgamento do Tema 995/STJ.

JUROS E CORREÇÃO

No que diz respeito à data inicial dos juros de mora, considerando tratar-se de reafirmação da DER, a Tese 995/STJ deve ser aplicada integralmente, inclusive no tocante aos juros de mora, que devem incidir sobre as parcelas vencidas somente após decorrido o prazo de 45 dias para o INSS implantar o benefício concedido.

Considerando que o benefício é devido apenas a partir da data da reafirmação da DER, fato novo no presente feito, os juros de mora não devem incidir a

partir da citação, momento em que, como ressaltado, o segurado ainda não fazia jus ao benefício.

Dessa forma, os juros de mora devem incidir, tão somente, após o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da publicação da decisão que procedeu à reafirmação da DER, pois é apenas a partir desse prazo legal, previsto no artigo 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91 (aplicação analógica à hipótese), que o INSS tomará ciência do fato novo considerado, constituindo-se em mora.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O C. STJ, ao apreciar os embargos de declaração opostos no RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.063 - SP (2018/0046508-9), no qual se assentou a possibilidade de reafirmação da DER (tema 995), adotou o entendimento de que *"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"*.

No caso dos autos, verifico que o INSS não ofereceu resistência ao pedido requerido em sede de embargos de declaração opostos pelo autor, motivo pelo qual a verba honorária não poderia ser majorada, na forma como estabelecida na decisão ora embargada.

Nada obstante, deve ser mantida a condenação do INSS na verba honorária estabelecida no v.acórdão de id. Num. 107656972 - Pág. 86, em decorrência da sucumbência dos períodos de atividade especial reconhecidos.

Diante do exposto, em sede de juízo positivo de retratação (artigo 1.140, II, do CPC/2015), acolho, em parte, os embargos de declaração opostos pela parte autora, com efeitos infringentes, para condenar o INSS a reconhecer o direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em favor do autor, mediante a reafirmação em 27/11/2012 (reafirmação da DER), bem como ao pagamento das parcelas devidas desde a data do início do benefício até a efetiva implantação, nos termos expendidos no voto.

Posteriormente, com as cautelas de praxe, encaminhem-se os autos à E. Vice-Presidência para as providências que entender cabíveis, no tocante ao pedido da parte autora de cômputo do período de 12/1977 a 12/1979.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0036297-64.2017.4.03.9999

Apelantes: MARIA DE LOURDES DE SOUZA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NILSON LOPES

Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO. APOSENTADORIA POR IDADE E PENSÃO POR MORTE. SENTENÇA TRABALHISTA. INCLUSÃO DE VERBAS SALARIAIS. SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO. TERMO INICIAL E EFEITOS FINANCEIROS DA REVISÃO. CON-
SECTÁRIOS DA CONDENAÇÃO.

- Objetiva a parte autora com a presente demanda a revisão da RMI do benefício originário de aposentadoria por idade do de cujus e, con-
sequentemente, do seu benefício em vigor de pensão por morte, com o pagamento das diferenças corrigidas e atualizadas, retroativas à DER de cada.

- O êxito da parte autora em Reclamação Trabalhista, transitada em julgado, no que diz respeito ao reconhecimento de diferenças salariais, atribui-lhe o direito de postular a revisão do benefício.

- Com relação ao termo inicial e efeitos financeiros da revisão, observada a prescrição quinquenal a contar do ajuizamento desta ação, devem re-
troagir à data da concessão do benefício, nos termos do artigo 49 e 74, todos da Lei n.º 8.213/91, tendo em vista que o deferimento de verbas trabalhistas posteriores ao deferimento do benefício na via administrativa representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao pa-
trimônio jurídico do segurado.

- Observo, contudo, que em relação ao termo inicial dos efeitos financeiros da condenação, quando a comprovação do fato, ainda que em parte, tenha sido realizada somente em juízo, sem prévia análise administrativa, tal questão encontra-se pendente de julgamento, submetida ao rito dos recursos repetitivos junto ao Superior Tribunal de Justiça, para dirimir a controvérsia cadastrada como Tema Repetitivo nº 1.124 (Recursos Especiais nºs 1905.830/SP, 1912.784/SP e 1.913.152/SP - data afetação: 17/12/2021), inclusive com determinação de suspensão do trâmite de todos os processos relacionados com a questão (art. 1.037, II, do CPC).

- Tal controvérsia destacada na Corte Superior, no entanto, não impede o julgamento do presente recurso, devendo a suspensão do processamento incidir apenas sobre a fase de cumprimento da sentença, quando deverá ser observado o que restar estabelecido por aquele Tribunal Superior, no julgamento do Tema Repetitivo nº 1.124, para que não haja prejuízo ao prosseguimento da marcha processual.

- Na hipótese dos autos, a documentação que possibilitou à revisão da RMI do benefício de aposentadoria por idade (NB:41/130.422.608-2), DIB: 14/06/2004), e conseqüentemente a pensão por morte, foi comprovada apenas em juízo.
- Acompanhamos, assim, o entendimento desta Nona Turma que faculta a execução e a expedição de ofício requisitório ou precatório da parte incontroversa do julgado, assim considerada aquela relacionada com os efeitos financeiros da condenação desde a data da citação, observando-se o disposto no artigo 535, § 4º, do CPC e Tema 28 da Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal (RE n.1.205.530).
- Por sua vez, há de se ressaltar que a prescrição quinquenal alcança as prestações não pagas e nem reclamadas na época própria, não atingindo o fundo de direito. Dessa forma, estão prescritas as parcelas devidas e não reclamadas no período anterior aos 5 (cinco) anos que precedem ao ajuizamento da ação.
- A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente com as alterações promovidas pela Resolução nº 658/2020 - CJF, de 10/08/2020, observando-se que desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela taxa SELIC, mensalmente e de forma simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.
- Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, §§ 3º e 4º, II, do Novo Código de Processo Civil/2015, e da Súmula 111 do STJ, devendo o percentual ser definido somente na liquidação do julgado, com a majoração de 2%, em razão da sucumbência recursal, a teor do § 11 do art. 85.
- Apelação da parte autora parcialmente provida. Apelação do INSS desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS e dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Senhor Juiz Federal Convocado NILSON LOPES (Relator): Proposta ação revisional de benefício previdenciário objetivando o recálculo da renda mensal da aposentadoria por idade do de cujus (DIB 14/06/2004) e do benefício derivado de pensão por morte (NB 21/147.691.153-0), com início em 20/04/2012, mediante a inclusão das verbas salariais e seus reflexos, reconhecidas em reclamação traba-

lha movida pelo instituidor, nos salários de contribuição utilizados no período básico de cálculo do benefício originário, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder a revisão dos benefícios, com pagamento à autora das diferenças a partir da citação, acrescidas de correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, além de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, observada a S. 111, STJ.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Opostos embargos de declaração pela parte autora, rejeitados pelo juízo a quo.

Inconformada, em parte, a parte autora interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, a fixação do termo inicial dos efeitos financeiros da revisão na data da DIB de cada benefício, aposentadoria por idade (130.422.608-2) e pensão por morte (147.691.153-0).

Por sua vez, o INSS interpôs recurso de apelação postulando apenas a integral aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 para a correção monetária e juros de mora.

Com as contrarrazões da parte autora, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Juiz Federal Convocado NILSON LOPES (Relator): Inicialmente, recebo os recursos tempestivos de apelação, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

Objetiva a parte autora com a presente demanda a revisão da RMI do benefício originário de aposentadoria por idade do de cujus e, conseqüentemente, do seu benefício em vigor de pensão por morte, com o pagamento das diferenças corrigidas e atualizadas, retroativas à DER de cada.

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar o INSS a reconhecer os salários de contribuição, conforme sentença trabalhista, e à revisão de ambos os benefícios, no entanto, fixando-se o termo inicial na data da citação.

A controvérsia do presente recurso de apelação está em definir o termo inicial e efeitos financeiros da revisão judicial do benefício previdenciário, quando a prova para o reconhecimento do direito tenha sido apresentada exclusivamente em juízo, sem exame na seara administrativa, bem como nos demais consectários da condenação.

O êxito da parte autora em Reclamação Trabalhista - Processo nº 0001300-30.2004.5.15.061, transitada em julgado, no que diz respeito ao reconhecimento de diferenças salariais, atribui-lhe o direito de postular a revisão dos salários de contribuição componentes do período básico de cálculo do benefício, os quais, por consequência, acarretarão novo salário de benefício, sendo que o recolhimento das contribuições pertinentes, tratando-se de segurado empregado, é ônus do empregador. No caso dos autos, consta do processo trabalhista a comprovação de recolhimento das contribuições para a Previdência Social.

Portanto, é legítimo o pedido da parte autora visando à condenação da autarquia previdenciária a revisar a renda mensal inicial do seu benefício, mediante a inclusão das parcelas trabalhistas, com seus reflexos, reconhecido em reclamação trabalhista nos salários de contribuição utilizados no período básico de cálculo, desde a data do início do benefício, cuja apuração do salário de benefício deve observar os dispostos nos artigos 29 e 31 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original.

Com relação ao termo inicial e efeitos financeiros da revisão, observada a prescrição quinquenal a contar do ajuizamento desta ação, devem retroagir à data da concessão do benefício, nos termos do artigo 49 e 74, todos da Lei nº 8.213/91, tendo em vista que o deferimento de verbas trabalhistas posteriores ao deferimento do benefício na via administrativa representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado.

Observe, contudo, que em relação ao termo inicial dos efeitos financeiros da condenação, quando a comprovação do fato, ainda que em parte, tenha sido realizada somente em juízo, sem prévia análise administrativa, tal questão encontra-se pendente de julgamento, submetida ao rito dos recursos repetitivos junto ao Superior Tribunal de Justiça, para dirimir a controvérsia cadastrada como Tema Repetitivo nº 1.124 (Recursos Especiais nºs 1905.830/SP, 1912.784/SP e 1.913.152/SP - data afetação: 17/12/2021), inclusive com determinação de suspensão do trâmite de todos os processos relacionados com a questão (art. 1.037, II, do CPC).

Tal controvérsia destacada na Corte Superior, no entanto, não impede o julgamento do presente recurso, devendo a suspensão do processamento incidir apenas sobre a fase de cumprimento da sentença, quando deverá ser observado o que restar estabelecido por aquele Tribunal Superior, no julgamento do Tema Repetitivo nº 1.124, para que não haja prejuízo ao prosseguimento da marcha processual.

Na hipótese dos autos, a documentação que possibilitou à revisão da RMI do benefício de aposentadoria por idade (NB:41/130.422.608-2), DIB: 14/06/2004), e consequentemente a pensão por morte, foi comprovada apenas em juízo.

Acompanhamos, assim, o entendimento desta Nona Turma que faculta a execução e a expedição de ofício requisitório ou precatório da parte incontroversa do julgado, assim considerada aquela relacionada com os efeitos financeiros da condenação desde a data da citação, observando-se o disposto no artigo 535, § 4º, do CPC e Tema 28 da Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal (RE n.1.205.530).

Por sua vez, há de se ressaltar que a prescrição quinquenal alcança as prestações não pagas e nem reclamadas na época própria, não atingindo o fundo de direito. Dessa forma, estão prescritas as parcelas devidas e não reclamadas no período anterior aos 5 (cinco) anos que precedem ao ajuizamento da ação.

A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente com as alterações promovidas pela Resolução nº 658/2020 - CJF, de 10/08/2020, observando-se que desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, a apuração do débito se dará unicamente pela taxa SELIC, mensalmente e de forma

simples, nos termos do disposto em seu artigo 3º, ficando vedada a incidência da taxa SELIC cumulada com juros e correção monetária.

Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados nos termos do artigo 85, §§ 3º e 4º, II, do Novo Código de Processo Civil/2015, e da Súmula 111 do STJ, devendo o percentual ser definido somente na liquidação do julgado, com a majoração de 2%, em razão da sucumbência recursal, a teor do § 11 do art. 85.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA* para fixar o termo inicial dos efeitos financeiros nos termos da fundamentação adotada.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5003906-98.2018.4.03.6130

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelada: LEILA ALBINO SILVA ALVES
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 02/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO RECLUSÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS.

1. A concessão do auxílio reclusão depende do preenchimento das seguintes condições: efetivo recolhimento à prisão; condição de dependente de quem objetiva o benefício; demonstração da qualidade de segurado do preso; renda mensal do segurado inferior ao limite legal.
2. O e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 587365/SC, em 25.03.2009, pacificou o entendimento no sentido de que a renda do segurado preso é que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.
3. Nos termos do § 1º, do Art. 116, do Decreto 3.048/99, "É devido auxílio reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado."
4. O C. STJ, no julgamento de recurso representativo da controvérsia, fixou a tese no sentido 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." (REsp 1485417/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 02/02/2018).
5. Julgado da Primeira Seção do STJ, publicado em 01.07.2021, reafirmou a tese fixada no Tema 896: "Para a concessão de auxílio-reclusão (artigo 80 da Lei 8.213/1991) no regime anterior à vigência da MP 871/2019, o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição".
6. 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.
7. 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.
8. Sucumbência recíproca mantida, devendo ser observadas as disposições contidas no inciso II, do § 4º e § 14, do Art. 85, e no Art. 86, do CPC, e

a Súmula 111, do e. STJ.

9. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação providas em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfirio e o Juiz federal Convocado Otavio Port ressalvaram seus entendimentos., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, havida como submetida, e apelação nos autos da ação em que se objetiva o benefício do auxílio reclusão, tendo em vista a prisão do cônjuge da parte autora.

O MM. Juízo a quo julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder o benefício de auxílio reclusão, desde a citação, e pagar os valores em atraso devidamente corrigidos, fixando a sucumbência recíproca. Concedida a antecipação de tutela.

Os embargos de declaração opostos pelo réu foram rejeitados.

Apela o réu, pleiteando a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Art. 80, da Lei 8.213/91, dispõe que o auxílio reclusão será concedido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não estiver em gozo de auxílio doença ou de aposentadoria.

A concessão do auxílio reclusão depende do preenchimento das seguintes condições: 1) efetivo recolhimento à prisão; 2) condição de dependente de quem objetiva o benefício; 3) demonstração da qualidade de segurado do preso; 4) renda mensal do segurado inferior ao limite estipulado.

O efetivo recolhimento à prisão do segurado Samuel Anastácio Alves ocorreu em 26.05.14, conforme a certidão de recolhimento prisional.

A dependência econômica do cônjuge é presumida, consoante se infere do disposto no Art. 16, § 4º, da Lei 8.213/91, e, à espécie, está comprovada pela cópia da certidão de casamento ocorrido em 2012.

No tocante à renda mensal do segurado, o e. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 587365/SC, em 25.03.09, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, pacificou o entendimento no sentido de que a renda do segurado preso é que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes, como se vê do acórdão assim ementado:

"PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO - RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO - RECLUSÃO. BENEFÍCIO RES-TRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio - reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da in-constitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 587365, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, Repercussão geral - Mérito; DJe-084 divulg 07-05-2009, public 08-05-2009, Ement Vol-02359-08 PP-01536)".

Dispõe o Art. 116, do Decreto 3.048/99:

"Art. 116. O auxílio - reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio -doença, aposenta-doria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).
§ 1º É devido auxílio - reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado."

In casu, o segurado foi preso em 26.05.14. Segundo a CTPS, desde 12.03.14 o segurado não detinha mais salário-de-contribuição, ou seja, na data do seu efetivo recolhimento à prisão, não tinha salário-de-contribuição, motivo pelo qual deve ser aplicado o disposto no § 1º, do Art. 116, do Decreto 3.048/99, fazendo jus a parte autora ao benefício.

Nesse sentido, o C. STJ, no julgamento do recurso representativo da contro-vérsia (tema 896), fixou a tese no sentido 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*", conforme julgado abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA EM PERÍODO DE GRAÇA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLU-SÃO.AUSÊNCIA DE RENDA. ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO AFASTADO.

CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015)

1. A controvérsia submetida ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008 é: "definição do critério de renda (se o último salário de contribuição ou a ausência de renda) do segurado que não exerce atividade remunerada abrangida pela Previdência Social no momento do recolhimento à prisão para a concessão do benefício auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991)".

FUNDAMENTOS DA RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA 2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991, o benefício auxílio-reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional.

3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a "baixa renda".

4. Indubitavelmente o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor.

5. O art. 80 da Lei 8.213/1991 expressa que o auxílio-reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão "não receber remuneração da empresa".

6. Da mesma forma o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que "é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado", o que regula a situação fática ora deduzida, de forma que a ausência de renda deve ser considerada para o segurado que está em período de graça pela falta do exercício de atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. (art. 15, II, da Lei 8.213/1991).

7. Aliada a esses argumentos por si sós suficientes ao desprovimento do Recurso Especial, a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio tempus regit actum. Nesse sentido: AgRg no REsp 831.251/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23.5.2011; REsp 760.767/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.10.2005, p. 377; e REsp 395.816/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2.9.2002, p. 260. TESE PARA FINS DO ART. 543-C DO CPC/1973

8. Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição. CASO CONCRETO

9. Na hipótese dos autos, o benefício foi deferido pelo acórdão recorrido no mesmo sentido do que aqui decidido.

10. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1485417/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 02/02/2018)

Julgado da Primeira Seção do STJ, publicado em 01.07.2021, reafirmou a tese fixada no Tema 896: "Para a concessão de auxílio-reclusão (artigo 80 da Lei 8.213/1991) no regime anterior à vigência da MP 871/2019, o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no

momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição”.

O período de carência era requisito para a concessão do auxílio reclusão no regime da CLPS, aprovada pelo Decreto 89.312/84. Todavia, desde o advento da Lei 8.213/91, esse requisito deixou de ser exigido.

Convém salientar, por derradeiro, que a soltura do segurado não prejudica o direito às prestações do auxílio reclusão anteriores, em consonância com os Arts. 117 e 119, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

À míngua de impugnação da autora, o termo inicial do benefício deve ser mantido tal como fixado pelo douto Juízo sentenciante, ou seja, em 15.10.18.

Destarte, é de se manter a r. sentença quanto à matéria de fundo, devendo o réu conceder à parte autora o benefício de auxílio reclusão desde 15.10.18, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

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.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91.

Sucumbência recíproca mantida, vez que não impugnada, devendo ser observadas as disposições contidas no inciso II, do § 4º e § 14, do Art. 85, e no Art. 86, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ. 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 e a parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação para adequar os consectários legais.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5495173-85.2019.4.03.9999

Apelante: ALVARO JOSE DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ADICIONAL DE 25%. CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. RE 1.221.446/STF. REPERCUSSÃO GERAL.

1. A concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) restringe-se ao benefício por incapacidade permanente. No caso concreto, no entanto, a parte autora é titular de aposentadoria por tempo de contribuição.
2. O juízo de origem reconheceu a improcedência do pedido, uma vez que o adicional, pretendido pela parte autora, não seria aplicável ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.
3. A questão posta diz respeito à possibilidade de extensão do adicional correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) em relação a outras modalidades de aposentadoria, diversas do benefício por incapacidade permanente.
4. No julgamento do RE 1.221.446, finalizado em 18.06.2021 (Tema 1.095) e submetido ao regime da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal definiu que, somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria e modulou os efeitos da tese de repercussão geral, de forma a se preservarem os direitos dos segurados cujo reconhecimento judicial tenha se dado por decisão transitada em julgado até a data do julgamento e declarou a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado do julgamento.
5. Diante do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a impossibilidade de extensão do adicional correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) a outras espécies de aposentadoria, há de ser mantida a r. sentença que julgou improcedente o pedido.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação objetivando a concessão de adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Sentença pela improcedência do pedido, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa, além das demais despesas processuais, suspendendo-se sua exigibilidade por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça (ID 50095277).

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, postulando a reforma integral do julgado, pois a manutenção da sentença viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, além do entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, relativo ao tema 982 (ID 50095287).

Intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (ID 259166403).

É o relatório.

VOTO

O Excelentíssimo Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Dispõe o art. 45 da Lei nº 8.213/91, a respeito do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o benefício por incapacidade permanente:

“O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).”

Da análise do dispositivo transcrito, verifica-se que a concessão do acréscimo restringe-se ao benefício por incapacidade permanente. No caso concreto, no entanto, a parte autora é titular de aposentadoria por tempo de contribuição.

O juízo de origem reconheceu a improcedência do pedido, uma vez que o adicional, pretendido pela parte autora, não seria aplicável ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

A questão posta diz respeito à possibilidade de extensão do adicional correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) em relação a outras modalidades de aposentadoria, diversas do benefício por incapacidade permanente.

No julgamento do RE 1.221.446, finalizado em 18.06.2021 (Tema 1.095) e submetido ao regime da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal definiu que:

“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria.”

A Corte constitucional, então, modulou os efeitos da tese de repercussão geral, de forma a se preservarem os direitos dos segurados cujo reconhecimento judicial tenha se dado por decisão transitada em julgado até a data do julgamento e declarou a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado do julgamento.

Assim, diante do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a impossibilidade de extensão do adicional correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) a outras espécies de aposentadoria, há de ser mantida a r. sentença que julgou improcedente do pedido, ainda que haja sido produzida a prova pericial inicialmente requerida.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5287295-59.2020.4.03.9999

Apelante: LEILIANE RIBEIRO DA SILVA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. ASSOCIADA DE COOPERATIVA DE TRABALHO INSCRITA NO RGPS NA QUALIDADE DE SEGURADA CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA COOPERATIVA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO INSS. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- O salário-maternidade é benefício previdenciário devido à segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de sua ocorrência ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos (inovação introduzida pela Lei nº 10.421/02).

- No presente caso, a autora trouxe aos autos cópia de certidão de nascimento de seu filho, ocorrido em 08/01/2019.

- Restou comprovado que a demandante presta serviços à COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE, que a filiou no RGPS, na condição de contribuinte individual, com data de início em 01/06/2017 e que, na ocasião do parto da criança, a segurada possuía 19 contribuições vertidas à Previdência Social.

- Incumbe às cooperativas de trabalho, no período posterior ao advento da Lei nº 10.666/03, efetuar a inscrição dos cooperados perante o INSS, na condição de contribuintes individuais, bem como proceder à arrecadação e ao recolhimento das contribuições previdenciárias ao RGPS. Precedentes desta Corte, dos Tribunais pátrios e da TNU.

- Restando comprovado não ser responsabilidade da requerente o recolhimento das contribuições relativas ao período trabalhado (que abrange toda a carência necessária para concessão do benefício de salário maternidade vindicado), qualquer inconsistência nos respectivos recolhimentos previdenciários por parte da empresa "COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE" (substituta tributária) não pode prejudicar os direitos inerentes à qualidade de segurada da autora.

- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.

- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de salário-maternidade a LEILIANE RIBEIRO DA SILVA, em decorrência do nascimento de seu filho JOÃO FELIPE NOGUEIRA ALARCON, em 08/01/2019.

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.

A autora apela, requerendo a reforma da sentença, julgando-se procedente o pedido, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

Trata-se de ação ajuizada com objetivo de assegurar à parte autora a concessão de salário-maternidade, em decorrência do nascimento de seu filho JOÃO FELIPE NOGUEIRA ALARCON.

Cumpra mencionar que o direito à licença-maternidade, com a percepção de salário-maternidade, traduz-se, para a mãe, como a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Representa medida de proteção à gestante, a qual tem respeitadas as suas limitações físicas para prosseguir trabalhando; à genitora, dando-lhe condições de dispensar, ao filho, a atenção e os cuidados que requer em seus primeiros dias de vida; e ao recém-nascido, objeto desses cuidados, tudo sem prejuízo da remuneração pelos dias em que permanecer afastada de suas atividades laborativas.

O salário-maternidade surgiu como benefício previdenciário após o advento da Lei n.º 6.136/1974, editada em atendimento ao comando da Constituição de 1967, reiterado pela Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, que atribuía à Previdência Social a proteção à maternidade.

A Constituição de 1988 conferiu à licença-maternidade, bem como ao salário-maternidade - substitutivo da remuneração no período de gozo da licença - *status* de direito fundamental, com todas as garantias que lhe são inerentes. Confira-se:

“Art. 7.º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

No plano infraconstitucional, encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei n.º 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos.

O direito da adotante ao salário-maternidade foi importante inovação introduzida pela Lei n.º 10.421, de 15 de abril de 2002.

Tal benefício destina-se às seguradas em geral, como empregada, empregada doméstica, trabalhadora avulsa, segurada especial, contribuinte individual (empresária, autônoma e equiparada à autônoma) e a segurada facultativa, nos termos do art. 71 da Lei n.º 8.213/91.

Enquanto a contribuinte individual e a segurada facultativa devem demonstrar o recolhimento de, no mínimo, dez contribuições mensais, para a empregada, rural ou urbana, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica, o salário-maternidade independe de carência.

Para a concessão do salário-maternidade, torna-se necessário o implemento dos requisitos legais exigidos, quais sejam: qualidade de segurada, maternidade e, quando for o caso, o cumprimento da carência de dez contribuições mensais (contribuinte individual e segurada facultativa).

Feitas estas observações, cumpre analisar a presença dos requisitos legais necessários à concessão do benefício vindicado.

A autora pleiteia o salário-maternidade, em virtude do nascimento de seu filho JOÃO FELIPE NOGUEIRA ALARCON.

Incontroverso que o parto ocorreu em 08/01/2019, conforme certidão de nascimento adunada aos presentes autos.

Na exordial, a demandante afirma que, na qualidade de segurada obrigatória do RGPS, requereu a concessão do benefício de salário-maternidade à Previdência Social em razão do nascimento de seu filho JOÃO FELIPE NOGUEIRA ALARCON, cujo parto se deu em 08/01/2019.

Argumenta que (sic) *“a justificativa da autarquia ré para indeferimento do pedido chega a beirar ao absurdo”*, pois teve por base o seguinte motivo:

“Em atenção ao seu pedido de salário Maternidade, apresentado em 06/02/2019, informamos que, após análise da documentação apresentada, *não foi reconhecido o direito, tendo em vista não ter comprovado o exercício de atividade rural* nos dez meses anteriores ao requerimento”.

Nesse contexto, afirma que o benefício restou injustamente indeferido pelo INSS, ensejando a propositura do presente feito, pois a requerente “é técnica de enfermagem e presta serviços à COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISIONAIS NA AREA DA SAÚDE, que a filiou no RGPS, na condição de contribuinte individual, com data de início em: 01/06/2017, a qual presta serviços até a data de hoje” (ID 137182088 - Págs. 5 e 6).

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- Certidão de nascimento de JOÃO FELIPE NOGUEIRA ALARCON, em 08/01/2019, filho da autora (ID n.º 137182105 - Pág. 1);

- Cópia do extrato do CNIS, consignando que a autora é filiada ao RGPS, na condição de contribuinte individual, constando como origem do vínculo: "COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA AREA DA SAÚDE", com data de início em 01/06/2017 (até 31/01/2019) e de 01/04/2019 a 31/08/2019 (ID n.º 137182107 - Pág. 1);

- Comprovação emitida pelo Ministério da Fazenda e pelo Ministério do Trabalho e Emprego de que a autora consta da relação dos trabalhadores registrados no arquivo SEFIP da empresa "COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA AREA DA SAÚDE", com data de início em 01/06/2017 (ID n.º 137182107 - Pág. 1);

- Recibo de pagamento de salário e Termo de Quitação de Rescisão do referido contrato de trabalho (ID n.º 137182110 - Pág. 2).

Ressalte-se que há comprovação nos autos de que houve o indeferimento do benefício vindicado na esfera administrativa em 06/02/2019, em razão da (sic) *"falta de período de carência comprovação de atividade rural nos 10 meses anteriores ao requerimento do benefício"*. (ID n.º 137182103 - Págs. 1 e 2).

Oportuno mencionar que a consulta atualizada ao Sistema CNIS confirma a existência do vínculo com a empregadora "COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA AREA DA SAÚDE", com data de início em 01/06/2017 (ID n.º 137182107 - Pág. 1).

Na contestação, o INSS alegou, em síntese, *"a ausência de carência de 10 meses quando do nascimento do filho da parte autora, posto que houve administrativamente a invalidação dos períodos de junho de 2017 a dezembro de 2018, contando apenas, naquela ocasião, com 07 contribuições."* (g.n.).

O magistrado sentenciante julgou improcedente o pedido, partindo do pressuposto de que *"a autarquia requerida possui legitimidade para avaliar e eventualmente invalidar os termos, declarações e recolhimentos ora apresentados. Deste modo, caberia à parte autora, quando litiga em Juízo, demonstrar eventual irregularidade do ato administrativo, mediante provas robustas que pudessem corroborar suas alegações, o que não ocorreu na presente."* (ID n.º 137182170 - Pág. 3).

Contudo, não se pode perder de vista que o fato de que eventual inconsistência nos respectivos recolhimentos previdenciários referentes ao vínculo da autora com a empregadora "COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA AREA DA SAÚDE" em nada impede o reconhecimento da veracidade desse vínculo.

É sobremodo importante assinalar que, a partir da Lei n.º 10.666, de 08/05/2003, houve alteração na condição do contribuinte individual quando prestador de serviços a empresas ou na condição de associado a uma cooperativa de trabalho ou de produção. Confira-se:

"Art. 4.º - Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia

20 (vinte) do mês seguinte ao da competência, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009).

§ 1.º - As cooperativas de trabalho arrecadarão a contribuição social dos seus associados como contribuinte individual e recolherão o valor arrecadado até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao de competência a que se referir, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

§ 2.º - A cooperativa de trabalho e a pessoa jurídica são obrigadas a efetuar a inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS dos seus cooperados e contratados, respectivamente, como contribuintes individuais, se ainda não inscritos.

§ 3.º - O disposto neste artigo não se aplica ao contribuinte individual, quando contratado por outro contribuinte individual equiparado a empresa ou por produtor rural pessoa física ou por missão diplomática e repartição consular de carreira estrangeiras, e nem ao brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo.

Art. 5.º - O contribuinte individual a que se refere o art. 4.º é obrigado a complementar, diretamente, a contribuição até o valor mínimo mensal do salário-de-contribuição, quando as remunerações recebidas no mês, por serviços prestados a pessoas jurídicas, forem inferiores a este."

No caso em tela, consta do extrato de consulta ao CNIS, o período de contribuição vertido à Autarquia Ré em nome da autora (de 01/06/2017 a 31/01/2019).

Soma-se a isso a comprovação dos lançamentos no Extrato Previdenciário, por meio de Guias GFIP's acostadas aos presentes autos, que foram declaradas à Previdência através da empresa "COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE", para quem a autora presta serviços, acompanhadas das respectivas contribuições de 06/2017 a 31/01/2019, cujos valores estão expressamente averbados no CNIS, conforme se transcreve a seguir:

mês/ano -salário de contribuição

jun/17 - R\$ 1.356,65;

jul/17 - R\$ 1.789,45;

ago/17 - R\$ 1.270,15;

set/17 - R\$ 1.611,75;

out/17 - R\$ 1.645,85;

nov/17 - R\$ 1.299,70;

dez/17 - R\$ 1.116,65;

jan/18 - R\$ 1.864,20;

fev/18 - R\$ 1.772,80;

mar/18 - R\$ 1.813,35;

abr/18 - R\$ 1.537,45;

mai/18 - R\$ 1.800,50;

jun/18 - R\$ 1.875,15;

jul/18 - R\$ 1.838,10;

ago/18 - R\$ 1.938,30;
set/18 - R\$ 1.887,40;
out/18 - R\$ 1.990,25;
nov/18 - R\$ 2.207,20;
dez/18 - R\$ 1.554,30.

Ainda que assim não fosse, levando-se em conta que, nos termos da legislação de regência, compete à cooperativa arrecadar as contribuições previdenciárias dos seus cooperados, descontando-as da respectiva remuneração e repassando-as ao INSS, a quem incumbe a fiscalização do devido recolhimento, é de se admitir como efetuadas as arrecadações relativas ao aludido período de trabalho, visto que a empregada não pode ser prejudicada por eventual desídia da Cooperativa e da autarquia, se estes não cumpriram as obrigações que lhes eram imputadas.

Nesse contexto, oportuno mencionar o entendimento dos nossos Tribunais, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COOPERATIVA.

1. Nos termos do art. 15, Parágrafo único, da Lei 8.112/91, a cooperativa é equiparada à empresa para fins previdenciários, cabendo a ela arrecadar contribuições de seus cooperados, conforme a redação do art. 30, inciso I, da Lei 8.112/91.

2. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação desprovidas.”

(TRF3 - Apel.Rem.Nec. n.º 5695843-42.2019.4.03.9999 - Relator: Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA – 10.ª Turma - Intimação via sistema em 22/05/2020).

“RECURSO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. QUALIDADE DE SEGURADO NA DATA DE INÍCIO DA INCAPACIDADE. ASSOCIADO DE COOPERATIVA DE TRABALHO INSCRITO NO RGPS NA QUALIDADE DE SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA COOPERATIVA. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO INFERIOR AO VALOR MÍNIMO. COMPLEMENTAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SEGURADO.

1. *Incumbe às cooperativas de trabalho, no período posterior ao advento da Lei nº 10.666/03, efetuar a inscrição dos cooperados perante o INSS, na condição de contribuintes individual, e, ainda, proceder à arrecadação e ao recolhimento das contribuições previdenciárias ao RGPS.*

2. Todavia, quando a remuneração por serviços prestados a pessoas jurídicas, pelo associado de cooperativa inscrito como contribuinte individual, for inferior ao valor mínimo, a responsabilidade pela complementação dos recolhimentos previdenciários compete ao próprio segurado. Inteligência dos artigos 4º e 5º da Lei nº 10.666/03.

3. Hipótese em que ausente a qualidade de segurado na DII, pois, conquanto esteja comprovada a filiação ao RGPS na condição de contribuinte individual associado de cooperativa de trabalho, a remuneração mensal pelos serviços prestados a pessoa jurídica era inferior ao valor mínimo em parte dos períodos e o segurado não procedeu à complementação das contribuições.

4. Considerando a data da última contribuição previdenciária válida, o cotejo dos elementos constantes dos autos com os comandos do art. 15 da Lei nº 8.213/91

e do art. 13 do Decreto nº 3048/1999 revela que a caducidade dos direitos inerentes à filiação da parte autora ocorreu em momento anterior à DII.”

(JEF 4.^a Região – Recurso Cível n.º 50390460620174047100 - Relator: Juíza Federal ALESSANDRA GÜNTHER FAVARO – 1.^a Turma Recursal do RS - Publicação em 16/04/2018).

“COOPERADA. QUALIDADE DE SEGURADA E RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA COOPERATIVA: LEI 10.666/03, ART. 4º, § 1º. EVENTUAL FALHA NOS RECOLHIMENTOS POR PARTE DO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO QUE NÃO PODEM PREJUDICAR O TRABALHADOR. ACÓRDÃO QUE APRECIA OS FATOS TRATANDO A COOPERADA COMO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL AUTÔNOMA, SEM VINCULAÇÃO A UMA PESSOA JURÍDICA. ACÓRDÃO ANULADO. RECURSO PROVIDO.

1. A parte autora ingressou com o incidente de uniformização para questionar decisão da Turma de origem que confirmou sentença de improcedência do benefício de *salário maternidade*, uma vez que a autora não detinha a qualidade de segurada no parto da criança. Colho do aresto o seguinte: O reingresso no RGPS na condição de contribuinte individual se dá nos termos do inc. II do art. 27 da Lei 8.213/91:

Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições: II - realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira *contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo*, referidos, respectivamente, nos incisos II, V e VII do art. 11 e no art. 13. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

Dos documentos colacionados aos autos, percebe-se que o parto da demandante ocorreu em 29/08/2013. Analisando a qualidade de segurada da autora, por ocasião do parto, verifico que seu último vínculo empregatício se deu na TRANSVAL SERVIÇOS GERAIS E CONSERVAÇÃO LIMITADA e perdurou de 01/10/2007 a 01/07/2009, o que fez com que mantivesse sua qualidade de segurada por mais 12 meses. Verifico também que, após, apenas voltou a contribuir para o RGPS em junho de 2012, na qualidade de contribuinte individual, o que o fez até abril de 2013, totalizando onze contribuições. No entanto, ao recolher tais contribuições, deixou de observar inc. II do art. 27 da Lei 8.213/91, na medida em que não recolheu nenhuma delas extemporaneamente, não perfazendo, assim, a carência necessária para a concessão do benefício ora pleiteado.

2. A sentença, por sua vez, esclareceu o seguinte: No caso, o pedido é improcedente. É que a prova está a indicar que, desde o seu reingresso no RGPS, ocorrido em 2011, a autora tem realizado, na condição de contribuinte individual, o recolhimento extemporâneo de contribuições previdenciárias, de maneira que a pretensão esbarra no que dispõe o inc. II do art. 27 da Lei 8.213/91: (...). Não convence a tese de que ela tem sido prejudicada pela omissão da tomadora de serviços para a qual supostamente labora. Deveras, se verdadeira fosse essa afirmação, forçoso seria enquadrar a autora no conceito de segurada empregada (art. 11, inc. I, “a”, da Lei 8.213/91), o que afastaria a aplicação do dispositivo encimado. Entretanto, instada a produzir provas dessa condição, ela quedou-se inerte (art. 333, inc. I, CPC). Não havendo contribuições recolhidas sem atraso, vê-se que a pretensão esbarra no requisito da carência. A rejeição do pedido, portanto, não demanda maiores elucubrações.

3. A recorrente informa nas suas razões recursais o seguinte: a Recorrente ajuizou a presente ação visando à concessão do salário-maternidade, tendo em vista o

nascimento de sua filha AISHA MARINHO MARQUES DE MELO, ocorrido em 29 de agosto de 2013, conforme atesta certidão de nascimento anexa ao processo virtual. Frise-se que o benefício lhe fora negado pelo INSS sob a alegação de que a recorrente não "comprovou estar filiada ao Regime Geral de Previdência Social na data do nascimento", não obstante tenha laborado para a UNIVIDA (Cooperativa de Trabalhadores Multifuncional de Profissionais da Área) durante o período de junho de 2012 a abril de 2013. [...] *Ab initio*, mister ressaltar que a recorrente se enquadra perfeitamente como segurada obrigatória, com fulcro no artigo 11, V, f da Lei 8.213/91. Nesta condição, a qualidade de segurada é reconhecida pela realização de atividade econômica. Sendo assim, como se verifica o período trabalhado pela Requerente, ela já faz jus ao recebimento do benefício, independente das contribuições terem ou não sido vertidas em atraso. Ressalta-se ainda que a responsabilidade pelo pagamento das contribuições era da empresa contratante, qual seja, UNIVIDA. De forma que, em relação à Requerente, era descontado de sua percepção mensal o *quantum* referente à contribuição. Neste diapasão, a Requerente não pode ser responsabilizada por um erro da empresa, devendo esta sim, responder por eventuais erros ou danos. É incabível que no momento em que a Requerente se encontrou em maior necessidade, tenha seu direito tolhido por atos que em nenhum momento ela teve conhecimento ou poder de decisão sobre eles.

4. De fato, a partir da Lei 10.666/03 houve alteração na condição do contribuinte individual quando prestador de serviços a empresas ou na condição de associado a uma cooperativa de trabalho ou de produção, como assinalam os arts. 4.º e 5.º a seguir: *Art. 4.º* - Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da competência, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos). § 1.º - As cooperativas de trabalho arrecadarão a contribuição social dos seus associados como contribuinte individual e recolherão o valor arrecadado até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao de competência a que se referir, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). § 2.º - A cooperativa de trabalho e a pessoa jurídica são obrigadas a efetuar a inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS dos seus cooperados e contratados, respectivamente, como contribuintes individuais, se ainda não inscritos. § 3.º - O disposto neste artigo não se aplica ao contribuinte individual, quando contratado por outro contribuinte individual equiparado a empresa ou por produtor rural pessoa física ou por missão diplomática e repartição consular de carreira estrangeiras, e nem ao brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo. *Art. 5.º* - O contribuinte individual a que se refere o art. 4.º é obrigado a complementar, diretamente, a contribuição até o valor mínimo mensal do salário-de-contribuição, quando as remunerações recebidas no mês, por serviços prestados a pessoas jurídicas, forem inferiores a este.

5. Como se percebe, o acórdão recorrido deu o tratamento de contribuinte individual autônomo à autora, enquanto ela tenha afirmado que se vinculava como cooperativa associada à Cooperativa UNIVIDA, caso em que seria da responsabilidade da cooperativa, e não do cooperado, promover o devido recolhimento da contribuição até o dia 20 do mês seguinte ao da competência (diferentemente do prazo do dia 15, que se aplica ao contribuinte individual sem vinculação a pessoa jurídica).

6. Não sendo responsabilidade do trabalhador e segurado o recolhimento das contribuições, a eventual inadimplência ou recolhimento tardio por parte do substituto tributário não pode lhe prejudicar os direitos inerentes à qualidade de segurado.

7. Ante o exposto, voto por anular o acórdão recorrido no sentido de que profira novo julgamento, alinhando os fatos à tese no sentido de que “o cooperado não pode ser privado dos direitos inerentes à qualidade de segurado por falha no recolhimento por parte da cooperativa à qual associado, a partir da vigência da Lei 10.666/03”.

(TNU – PEDLEF n.º 05002215220144058311, Relator: Juiz Federal ATANAIR NAS-SER RIBEIRO LOPES, Publicação DOU de 12/09/2017).

Diante dessas considerações, restando comprovado não ser responsabilidade da requerente o recolhimento das contribuições relativas ao período trabalhado (que abrange toda a carência necessária para concessão do benefício de salário maternidade vindicado), qualquer inconsistência nos respectivos recolhimentos previdenciários por parte da empresa “COOPS SAÚDE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE” (substituta tributária) não pode prejudicar os direitos inerentes à qualidade de segurada da autora. Portanto, a reforma da sentença de improcedência é medida que se impõe.

A autora faz jus à percepção do benefício no valor de um salário-mínimo mensal, vigente no vigésimo oitavo dia antecedente à data do parto, ocorrido em 08/01/2019, sendo-lhe devido o total de quatro salários-mínimos, nos termos do art. 71 e seguintes da Lei n.º 8.213/91.

Quer seja em relação aos juros moratórios, devidos a partir da citação, momento em que constituído o réu em mora; quer seja no tocante à correção monetária, incidente desde a data do vencimento de cada prestação, há que prevalecer tanto o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, com trânsito em julgado em 3/3/2020, quanto o estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, em vigor por ocasião da execução do julgado.

A partir da publicação da EC n.º 113/2021, em 9/12/2021, “para fins de atualização monetária (...) e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente”, ficando vedada a incidência da taxa Selic cumulada com juros e correção monetária.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei

Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

À vista do quanto previsto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Do mesmo modo, quanto à base de cálculo, considerando a questão submetida a julgamento no Tema n.º 1.105 do Superior Tribunal de Justiça ("Definição acerca da incidência, ou não, da Súmula 111/STJ, ou mesmo quanto à necessidade de seu cancelamento, após a vigência do CPC/2015 (art. 85), no que tange à fixação de honorários advocatícios nas ações previdenciárias"), postergo sua fixação para a ocasião do cumprimento de sentença.

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido formulado, fixando os critérios dos consectários e determinando a incidência de verba honorária nos termos da fundamentação, *supra*.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5001755-41.2021.4.03.6103

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelado: CARLOS CESAR BARBOSA RIBEIRO
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR Nº 142/2013. SEGURADO COM DEFICIÊNCIA MODERADA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A Lei Complementar Nº 142, de 08 de maio de 2013, regulamentou o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Segundo o art. 2º, que se considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
- O inciso II do artigo 3º da citada norma assegura a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada.
- No caso dos autos, restou comprovada a deficiência do autor em grau moderado e a especialidade do labor com a documentação apresentada.
- Inviável à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência ante o não preenchimento dos requisitos legais.
- Condenação equitativa ao pagamento de honorários advocatícios, conforme a sucumbência recursal das partes.
- Apelação do INSS parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao apelo do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência.

A r. sentença de nº 258861645-01/11 julgou o pedido nos seguintes termos:

“Em face do exposto, com fundamento artigo 487, I, do Código de Processo Civil, *julgo procedente o pedido*, para declarar que o autor é pessoa com deficiência grave, bem como condenar o INSS a computar como tempo especial, a ser convertido em comum pelo fator 1,00, na empresa VIAÇÃO REAL LTDA., de 19/08/1998 a 01/08/2008, condenando o INSS a implantar, em favor do autor, a *aposentadoria por tempo de contribuição à pessoa com deficiência*, a partir de 18.05.2020. Condeno o INSS, ainda, ao pagamento dos valores devidos em atraso, com juros e correção monetária calculados na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução CJF nº 658/2020. A partir de 09.12.2021, incidirá, para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, uma única vez, até o efetivo pagamento, o índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente (artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021). Condeno-o, finalmente, ao pagamento de honorários advocatícios, que serão fixados na fase de cumprimento da sentença (artigo 85, §§ 3º e 4º, II, do CPC). *Tópico síntese (Provimento Conjunto nº 69/2006)*: Nome do segurado: Carlos Cesar Barbosa Ribeiro Número do benefício: 197.696.685-7 Benefício concedido: Aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência. Renda mensal atual: A calcular pelo INSS. Data de início do benefício: 18.5.2020. Renda mensal inicial: A calcular pelo INSS. Data do início do pagamento: Prejudicada, tendo em vista que não há cálculo do contador judicial. CPF: 259.977.578-70 Nome da mãe Francisca Dias Barbosa Ribeiro. PIS/PASEP 12546282958 Endereço: Edson Prince Soares, n. 00355, Bairro Campos dos Alemães. Comunique-se ao INSS, por via eletrônica, *com urgência*, para que implante o benefício, com efeitos a partir da ciência desta decisão. Deixo de submeter a presente sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do art. 496, § 3º, I, do Código de Processo Civil. P. R. I.”

Em razões recursais nº 258861647-01/23, inicialmente, requer o INSS a concessão de efeito suspensivo ao recurso, a cassação da tutela antecipada e a submissão do *decisum* ao reexame obrigatório. No mais, pugna pela reforma da sentença no que se refere ao reconhecimento da especialidade do labor e ao grau de deficiência apurado, sendo de rigor a improcedência do pedido. Defende, ainda, a necessidade de afastamento do exercício da atividade especial e de apresentação da autodeclaração prevista na Portaria nº 450. Subsidiariamente, insurge-se no tocante aos consectários legais, além de alegar a ocorrência de prescrição quinquenal. Por fim, prequestiona a matéria para fins recursais.

Processado o recurso, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Inicialmente, necessário se faz salientar que com o presente julgamento, fica prejudicado o pedido de recebimento do apelo no duplo efeito.

No tocante à tutela antecipada, a questão será apreciada após o mérito.

Ainda antes de adentrar no mérito, verifico que de acordo com o artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, artigo 496 do NCPC, razão pela qual entendo não ser o caso de reexame necessário.

Por outro lado, consigno que a presente decisão vai se limitar a analisar a legalidade da concessão do benefício, sem prejuízo de eventuais procedimentos de praxe a serem adotados pela Autarquia Previdenciária no momento de sua implementação.

DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

A Lei Complementar Nº 142, de 8 de maio de 2013, regulamentou o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Segundo o art. 2º, que se considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Preceitua o artigo 3º da norma em comento que:

“Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar”.

No que se refere à comprovação da deficiência física, a Lei Complementar nº 142/2013 dispõe que sua avaliação será médica e funcional, nos termos do regulamento, e que o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

DA CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM

DO DIREITO À CONVERSÃO ANTES DA LEI 6.887/80 E APÓS A LEI 9.711/98

A teor do julgamento do REsp 1.310.034 e do REsp 1.151.363, ambos sub-

metidos ao regime do art. 543-C do CPC, inexistiu óbice para se proceder à conversão de tempo de serviço especial em comum, seja antes da Lei 6.887/80, seja após Lei n. 9.711/1998.

DO RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE EXERCIDA EM ATIVIDADE ESPECIAL

Para o reconhecimento da natureza especial da atividade exercida e a conversão desse intervalo especial em comum, cabe ao segurado demonstrar o trabalho em exposição a agentes agressivos, nos termos da lei vigente à época da prestação do trabalho, observando-se o princípio *tempus regit actum* (Pet 9.194/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014).

PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 9.032/95

No período anterior à edição da Lei nº 9.032/95, o direito à aposentadoria especial e à conversão do tempo trabalhado em atividades especiais é reconhecido em razão da categoria profissional exercida pelo segurado ou pela sua exposição aos agentes nocivos descritos nos Anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, a ser comprovada por meio da apresentação de SB 40, sem a necessidade de apresentação de laudo técnico, exceção feita à exposição ao ruído.

PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.032/95 ATÉ A EDIÇÃO DO DECRETO Nº 2.172, DE 5 DE MARÇO DE 1997

A comprovação da atividade especial exercida após a edição da Lei nº 9.032, de 29 de abril de 1995 - que promoveu a alteração do art. 57 da Lei n. 8.213/91 - se dá com a demonstração da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos, mediante a apresentação do formulário DSS-8030 (antigo SB 40), o qual se reveste da presunção de que as circunstâncias de trabalho ali descritas se deram em condições especiais, não sendo, portanto, imposto que tal documento se baseie em laudo pericial, com exceção ao limite de tolerância para nível de pressão sonora (ruído).

Anote-se que a relação dos agentes nocivos constante do Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e dos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, em vigor até o advento do Decreto Regulamentar nº 2.172/97, de 5 de março de 1997, fora substituído pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

Relevante consignar que, a partir da Lei nº 9.032/95, não é mais possível o reconhecimento da atividade especial, unicamente, com fulcro no mero enquadramento da categoria profissional.

PERÍODO POSTERIOR À VIGÊNCIA DO DECRETO Nº 2.172, DE 5 DE MARÇO DE 1997 E DEMAIS CONSIDERAÇÕES

Com a edição do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória nº 1523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, é indispensável a apresentação de laudo técnico para a comprovação de atividade especial.

Cabe esclarecer que a circunstância de o laudo não ser contemporâneo à atividade avaliada não lhe retira absolutamente a força probatória, em face de inexistência de previsão legal para tanto e desde que não haja mudanças significativas no cenário laboral (AC 0022396-76.2005.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Candido Moraes, 2ª Turma, e-DJF1 p.198 de 18/11/2014). Súmula 68 TNU.

Além disso, é de se apontar que o rol de agentes insalubres, como também das atividades penosas e perigosas não se esgotam no regulamento, tal como cristalizado no entendimento jurisprudencial na Súmula/TFR n. 198:

"Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento."

Nesse sentido, julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, REsp nº 395988, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 630; 5ª Turma, REsp nº 651516, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 291.

USO DO EPI

No tocante à utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, em recente decisão, com repercussão geral, no ARE 664.335/SC, assentou a Suprema Corte que *"o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial"* (grifo nosso). No caso, porém, de dúvida em relação à efetiva neutralização da nocividade, decidiu que *"a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete"*.

No mais, especificamente quanto à eficácia do equipamento de proteção individual - EPI ao agente agressivo ruído, o Pretório Excelso definiu que *"na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria"*. Isso 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 insusceptíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores"*.

DA FONTE DE CUSTEIO

Ressalto que no 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, a Corte Suprema, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de prévia fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial.

Na ementa daquele julgado constou:

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.

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 evinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar:

“Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição”.

AGENTES INSALUBRES

RUÍDO

O reconhecimento da insalubridade em decorrência da pressão sonora observa o regulamento vigente na ocasião do exercício da atividade laboral.

Assim, a atividade é considerada insalubre caso constatada a sujeição do trabalhador ao nível de pressão sonora da seguinte forma: até 05 de março de 1997, superior ou equivalente a 80 (oitenta) decibéis (Decreto nº 53.831/64); entre 06 de março de 1997 e 18 de novembro de 2003, superior ou equivalente a 90 (noventa) decibéis (Decreto n. 2.172/97) e, a partir dessa data (edição do Decreto nº 4.882/03), superior ou equivalente a 85 (oitenta e cinco) decibéis, não havendo que se falar em aplicação retroativa deste último diploma legal, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp nº 1.146.243/RS - 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE 12/03/2012).

DO CASO DOS AUTOS

Para demonstração da existência de deficiência foi realizada, na via judicial, perícia médica e avaliação social.

A perícia médica (nº 258861374-01/26 e 258861616-01/03) atestou que o segurado é portador de sequelas de poliomielite/paralisia infantil desde seu um ano de idade, indicando a existência de deficiência de grau moderado e com pontuação de 3500.

Por outro lado, a avaliação social de nº 258861381-01/05 e 258861605-01, descrevendo as condições sociais e de convivência do segurado, concluiu pela apuração de 2650 pontos.

Sendo assim, verifica-se a pontuação total de 6150, a qual caracteriza deficiência em grau moderado, nos termos do item 4e, quadro 2, da Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP nº 1, de 27/01/2014, com início desde o um ano de idade do segurado, pelo que incide o previsto no inciso II, do art. 3º, da Lei Complementar nº 142/2013.

Prosseguindo, passo à apreciação do pleito de reconhecimento, como especial e sua respectiva conversão para comum, dos períodos em que o segurado teria trabalhado sujeito a agentes agressivos, tendo juntado a documentação, abaixo discriminada:

- 19/08/1998 a 14/12/1998, 15/12/1998 a 17/05/2001 e 18/05/2001 a 01/08/2008: Laudo pericial judicial (nº 258861639-01/13) - exposição a ruído de 91,62 db: enquadramento com base no código 1.0.19 do Decreto nº 2.172/97.

Como se vê, restou demonstrado o labor em condições agressivas apenas nos interregnos supramencionados.

No cômputo total, contava o autor, na data de entrada do requerimento administrativo (18/05/2020 – nº 258861352-68), com 26 anos, 09 meses e 14 dias de tempo de serviço, insuficientes à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência em grau moderado.

Conquanto o demandante não tenha atingido o tempo mínimo de serviço exigido, asseguro-lhe o cômputo total do tempo aqui reconhecido.

Por outro lado, ante a não concessão do benefício pleiteado, prejudicados os pleitos de afastamento do exercício de atividade especial e de ocorrência de prescrição quinquenal.

CONSECTÁRIOS LEGAIS

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em razão da sucumbência recíproca e proporcional das partes, condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 5% do valor da causa, ficando suspensa sua execução, em razão de ser beneficiário da Justiça Gratuita, enquanto persistir sua condição de miserabilidade, e o INSS ao pagamento de 5% do valor da causa.

As despesas do processo deverão ser suportadas pelas partes em observância ao art. 86 do CPC.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, §1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça

Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS o ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar que, em observância ao disposto no art. 27 do Código de Processo Civil, o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente.

A isenção referida não abrange as despesas processuais, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

PREQUESTIONAMENTO

Por derradeiro, cumpre salientar que, diante de todo o explanado, a r. sentença de primeiro grau não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento apresentado pelo Instituto Autárquico em seu apelo.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao apelo do INSS*, reformando a r. sentença de primeiro grau, no tocante ao grau de deficiência apurado e às custas processuais e, por fim, para julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, na forma acima fundamentada, observando-se os honorários advocatícios estabelecidos. *Casso a tutela antecipada concedida anteriormente.*

Comunique-se ao INSS a fim de que dê cumprimento a esta decisão.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5014062-78.2021.4.03.6183

Apelantes: MARIA DAS GRACAS GOMES SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 10/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. PENSÃO POR MORTE. LEGITIMIDADE ATIVA. DECADÊNCIA. REVISÃO DA RMI DO BENEFÍCIO PRIMITIVO INSTITUIDOR. DIREITO À REVISÃO DA PENSÃO POR MORTE POR DECORRÊNCIA LÓGICA. SUCUMBÊNCIA.

- À luz da tese fixada no Tema Repetitivo n. 1.057, a parte autora possui legitimidade ativa, como pensionista, para postular a revisão do benefício originário do segurado instituidor, a fim de auferir possíveis parcelas não prescritas resultantes da readequação do benefício primitivo, bem como os reflexos na graduação econômica de sua pensão por morte.

- Aqui, contudo, não se cuida de revisão do benefício instituidor, já aperfeiçoada no feito indicado, senão da própria pensão por morte da segurada, o que reforça sua plena legitimidade.

- Não cabe cogitar de decadência, uma vez que a parte autora busca a recomposição dos proventos de sua pensão concedida em 2018, havendo ajuizado esta demanda em novembro de 2021.

- A parte autora busca a revisão da pensão por morte decorrente de recálculo da aposentadoria fruída pelo ex-segurado. Aduz ter o segurado instituidor obtido vitória em demanda revisional que reconheceu o direito ao enquadramento de atividade especial.

- Trata-se de típica obrigação de fazer a cargo da autarquia, consistente na implantação, sem solução de continuidade, de pensão por morte já devidamente reajustada por força de revisão do benefício originário. Revisados os proventos da aposentadoria, em sede judicial, a dependente pensionista, por decorrência lógica, também possui direito ao recálculo de sua RMI. Precedentes.

- Mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado, cujo percentual sobe para 12% (doze por cento) sobre a condenação, excluindo-se as prestações vencidas após a data da sentença, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC.

- Matéria preliminar rejeitada.

- Apelo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar a matéria preliminar e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora reivindica o recálculo da renda mensal inicial de sua pensão por morte.

A sentença julgou procedente o pedido para condenar o instituto-réu a recalcular a pensão desde a DIB, de acordo com a RMI revisada da aposentadoria do instituidor. Fixou, ainda, os consectários, isenção das custas e os honorários advocatícios.

Inconformada, a parte ré apelou, suscitando a ilegitimidade ativa da autora e a decadência, senão isenção das custas e observância da prescrição quinquenal.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

De início, à luz da tese fixada no Tema Repetitivo n. 1.057, a parte autora possui legitimidade ativa, como pensionista, para postular a revisão do benefício originário do segurado instituidor, a fim de auferir possíveis parcelas não prescritas resultantes da readequação do benefício primitivo, bem como os reflexos na graduação econômica de sua pensão por morte.

Aqui, contudo, não se cuida de revisão do benefício instituidor NB 42/064.876.967-4, já aperfeiçoada no feito n. 0000914-66.2013.4.03.6183, senão da própria pensão por morte da segurada, o que reforça sua plena legitimidade.

Igualmente, não cabe cogitar de decadência, uma vez que a parte autora busca a recomposição dos proventos de sua pensão concedida em 2018, havendo ajuizado esta demanda em novembro de 2021.

Por fim, não conheço da prescrição quinquenal, porquanto já destacada na decisão recorrida.

Passo à apreciação as questões trazidas a julgamento.

A parte autora busca a revisão de sua pensão por morte, decorrente de recálculo do benefício primitivo da aposentadoria fruída pelo segurado instituidor.

Alega ter o ex-segurado obtido vitória na ação revisional n. 0000914-66.2013.4.03.6183, a qual reconheceu o direito ao recálculo do benefício NB

42/064.876.967-4, mediante reconhecimento de atividade especial. Contudo, o INSS deixou de promover o necessário reajuste nos proventos de sua pensão, cuja renda encontra-se em defasagem.

A parte autora pleiteia o recálculo de sua pensão desde a DIB, em 10/12/2018.

Compulsados os autos, verifica-se que, de fato, o segurado instituidor logrou obter o recálculo de sua aposentadoria em demanda aforada na 6ª Vara federal previdenciária da Capital, cujo desfecho operou-se em 6/2/2020, com o trânsito em julgado do acórdão desta Corte (ID 259136389 - Pág. 38).

Ocorre que o órgão ancilar deixou de promover a majoração no benefício da demandante, que é o objeto desta lide.

Trata-se de típica obrigação de fazer a cargo da autarquia, consistente na implantação, sem solução de continuidade, de pensão por morte já devidamente reajustada por força de revisão do benefício originário.

Como bem analisado pelo juízo singular, revisados os proventos de aposentadoria percebida pelo instituidor da pensão por morte, em sede judicial, a dependente pensionista, por decorrência lógica, também possui direito ao recálculo de sua RMI.

Nesse sentido, é a iterativa jurisprudência (em destaque):

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DA RMI DO BENEFÍCIO ORIGINÁRIOS. DIREITO À REVISÃO DA RMI DA PENSÃO. Revisado, por via judicial, a RMI, da aposentadoria percebida pelo instituidor da pensão, a dependente pensionista tem direito à revisão da RMI da pensão por morte”. (TRF4, APELREEX 0006553-02.2014.4.04.9999, QUINTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, D.E. 11/10/2016)

“PREVIDENCIÁRIO – REMESSA NECESSÁRIA – REVISÃO DE RMI – ORTN/OTN – LEI Nº 6.423/77 – BENEFÍCIO INSTITUIDOR DE PENSÃO POR MORTE COM REFLEXOS NA MESMA – POSSIBILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SÚMULA 111 DO STJ – REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA.

I - No presente caso, o benefício da parte autora é uma pensão por morte com início em 06/04/93 (fl. 09) originária de uma aposentadoria por tempo de serviço com início em 01/02/80 (fl. 11). A sentença, ao condenar o INSS a recalcular a RMI aplicando a ORTN/OTN como índice de correção monetária dos 24 salários-de-contribuição anteriores aos 12 últimos, o fez para o benefício originário que *faz jus à referida revisão, sendo que a pensão por morte da autora sofrerá reflexos*, razão pela qual não merece reforma a decisão de primeiro grau em relação à aplicação da revisão. II - Os honorários advocatícios incidem apenas sobre parcelas vencidas (Súmula 111 do STJ). III – Remessa necessária parcialmente provida”. (TRF2, REMESSA EX OFFICIO EM AÇÃO CÍVEL, pr. 0000977-36.2006.4.02.5158, Órgão julgador: 1ª TURMA ESPECIALIZADA, Data de decisão: 22/02/2011, Data de disponibilização: 02/03/2011, Rel. ALUISIO MENDES)

É, portanto, cabível a revisão do benefício da parte autora, com os respectivos efeitos financeiros devidos desde sua DIB: 10/12/2018.

A isenção das custas já restou consignada na decisão combatida.

Mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado, cujo percentual majoro para 12% (doze por cento) sobre a condenação, excluindo-se as

prestações vencidas após a data da sentença, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC.

Todavia, na fase de execução, o percentual deverá ser reduzido se o valor da condenação ou do proveito econômico ultrapassar 200 (duzentos) salários mínimos (art. 85, § 4º, II, do CPC).

Possíveis valores não cumulativos recebidos na esfera administrativa deverão ser compensados na fase de cumprimento do julgado.

Diante do exposto, *rejeito* a matéria preliminar e *nego* provimento à apelação. É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5002869-30.2022.4.03.99

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelada: CRISTIANI ANDRADE DOS SANTOS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ/AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS PREENCHIDOS. AFASTAR TEMA 1013. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, "a"; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).
2. No que concerne às duas primeiras condicionantes, vale recordar premissas estabelecidas pela lei de regência, cuja higidez já restou encampada na moderna jurisprudência: o beneficiário de auxílio-doença mantém a condição de segurado, nos moldes estampados no art. 15 da Lei nº 8.213/91; o desaparecimento da condição de segurado sucede, apenas, no dia 16 do segundo mês seguinte ao término dos prazos fixados no art. 15 da Lei nº 8.213/91 (os chamados períodos de graça); eventual afastamento do labor, em decorrência de enfermidade, não prejudica a outorga da benesse, quando preenchidos os requisitos, à época, exigidos; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam mantidos.
3. *In casu*, presentes as considerações, introdutoriamente, lançadas, desponta a comprovação da satisfação dos pressupostos atinentes à qualidade de segurado e lapso de carência, certa, de outro lado, a demonstração da incapacidade laboral da parte autora, a embasar o deferimento do benefício ora pleiteado.
4. Assim, positivados os requisitos legais, reconhece-se o direito da autora a concessão do auxílio doença pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, devendo ser reavaliada antes da alta.
5. A parte autora está inserida em faixa etária ainda propícia à produtividade e, apresentando capacidade laboral residual, vislumbra-se a possibilidade de readaptação/reabilitação. Cabe à autora aderir ao tratamento médico adequado e ao processo de recuperação e/ou reabilitação profissional, previsto na legislação em vigência com seriedade e constância, favorecendo o seu êxito.
6. Nos termos dos artigos 101 da Lei n. 8.213/1991 e 71 da Lei n. 8.212/91, o benefício de auxílio-doença tem caráter temporário, de modo que a autarquia previdenciária não está impedida de reavaliar em exame médico as condições laborais do segurado.

7. Ocorre que recentemente, a legislação pátria promoveu mudanças na aposentadoria por invalidez, no auxílio-doença e no tempo de carência. No tocante ao auxílio-doença, importante inovação ocorreu quanto à fixação de data de cessação do benefício.

8. A jurisprudência desta Corte era pela impossibilidade de o juiz estabelecer um prazo peremptório para o recebimento do benefício por incapacidade, sob o fundamento de que, com base na Lei n. 8.213/1991, o benefício deveria ser concedido até que fosse constatada, mediante nova perícia, a recuperação da capacidade laborativa do segurado. A chamada “alta programada” não possuía base legal que lhe conferisse amparo normativo.

9. Entretanto, com a publicação das Medidas Provisórias n. 739, de 07/07/2016, e n. 767, de 06/01/2017 (convertida na Lei n. 13.457/2017), conferiu-se tratamento diverso à matéria, com amparo normativo à alta programada.

10. Tais inovações previram que o juiz, ao conceder o auxílio-doença, deve, “sempre que possível”, fixar o prazo estimado para a duração do benefício. Fixado o prazo, o benefício cessará na data prevista, salvo se o segurado requerer a prorrogação do auxílio-doença, hipótese em que o benefício deverá ser mantido até a realização de nova perícia.

11. A norma estabelece, ainda, que, se não for fixado um prazo pelo juiz, o benefício cessará após o decurso do lapso de cento e vinte dias, exceto se houver pedido de prorrogação.

12. Por oportuno, convém destacar que a alta programada ora instituída por lei não impede a realização de perícia para se aferir a necessidade ou não de manutenção do auxílio-doença. Ela apenas impõe uma condição para que seja feita nova avaliação médica, qual seja, o requerimento de prorrogação do benefício. A meu ver, trata-se de exigência razoável e que não ofende qualquer dispositivo constitucional.

13. Ressalto, outrossim, a aplicação do decidido em sede de repetitivo (Tema 1013) pelo C. STJ, com a fixação da seguinte tese: “*No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente*”.

14. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do

Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder o benefício de auxílio doença a partir do requerimento administrativo (28/11/2016), no valor de 91% do salário benefício, com o pagamento das parcelas vencidas acrescidas de correção monetária pelo IPCA e juros de mora nos termos da Lei 11.960/09. Condenando ainda ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios fixados em 10% do valor parcelas vencidas até a sentença. Por fim manteve a tutela concedida.

Dispensado o reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs apelação alegando que a parte autora não faz jus ao benefício pleiteado. Subsidiariamente requer a fixação do termo inicial na data do requerimento administrativo em 28/11/2019 com alta programada para 06 (seis) meses.

Com contrarrazões da parte autora, subiram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

De início, corrijo erro material, para fazer constar como termo final do benefício na data do requerimento administrativo qual seja, 28/11/2019, e não 28/11/2016 como constou da r. sentença de 1º Grau.

A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, "a"; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).

No que concerne às duas primeiras condicionantes, vale recordar premissas estabelecidas pela lei de regência, cuja higidez já restou encampada na moderna jurisprudência: o beneficiário de auxílio-doença mantém a condição de segurado, nos moldes estampados no art. 15 da Lei nº 8.213/91; o desaparecimento da condição de segurado sucede, apenas, no dia 16 do segundo mês seguinte ao término dos prazos fixados no art. 15 da Lei nº 8.213/91 (os chamados períodos de graça); eventual afastamento do labor, em decorrência de enfermidade, não prejudica a outorga da benesse, quando preenchidos os requisitos, à época, exigidos; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam mantidos.

Considerando que a sentença não foi submetida ao reexame necessário e que o apelante não recorreu em relação ao reconhecimento da qualidade de segurado e do cumprimento da carência, a controvérsia no presente feito refere-se apenas à questão da incapacidade por parte da segurada.

No que se refere ao requisito da incapacidade, o laudo pericial realizado em 05/02/2021, atestou ser a autora com 44 anos, portadora de *coxartrose bilateral*, estando parcial e permanentemente incapacitada, podendo ser readaptada.

Em consulta as cópias da CTPS corroborado pelo extrato do sistema CNIS/DATAPREV verifica-se que a autora possui registros a partir de 01/12/2010 e último no período de 01/08/2018 a 14/01/2019.

Assim, positivados os requisitos legais, reconhece-se o direito da autora a concessão do auxílio doença a partir do requerimento administrativo (28/11/2019), pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, devendo ser reavaliada antes da alta.

A parte autora está inserida em faixa etária ainda propícia à produtividade e, apresentando capacidade laboral residual, vislumbra-se a possibilidade de readaptação/reabilitação. Cabe à autora aderir ao tratamento médico adequado e ao processo de recuperação e/ou reabilitação profissional, previsto na legislação em vigência com seriedade e constância, favorecendo o seu êxito.

Nos termos dos artigos 101 da Lei n. 8.213/1991 e 71 da Lei n. 8.212/91, o benefício de auxílio-doença tem caráter temporário, de modo que a autarquia previdenciária não está impedida de reavaliar em exame médico as condições laborais do segurado.

Ocorre que recentemente, a legislação pátria promoveu mudanças na aposentadoria por invalidez, no auxílio-doença e no tempo de carência. No tocante ao auxílio-doença, importante inovação ocorreu quanto à fixação de data de cessação do benefício.

A jurisprudência desta Corte era pela impossibilidade de o juiz estabelecer um prazo peremptório para o recebimento do benefício por incapacidade, sob o fundamento de que, com base na Lei n. 8.213/1991, o benefício deveria ser concedido até que fosse constatada, mediante nova perícia, a recuperação da capacidade laborativa do segurado. A chamada “alta programada” não possuía base legal que lhe conferisse amparo normativo.

Entretanto, com a publicação das Medidas Provisórias n. 739, de 07/07/2016, e n. 767, de 06/01/2017 (convertida na Lei n. 13.457/2017), conferiu-se tratamento diverso à matéria, com amparo normativo à alta programada.

Tais inovações previram que o juiz, ao conceder o auxílio-doença, deve, “sempre que possível”, fixar o prazo estimado para a duração do benefício. Fixado o prazo, o benefício cessará na data prevista, salvo se o segurado requerer a prorrogação do auxílio-doença, hipótese em que o benefício deverá ser mantido até a realização de nova perícia.

A norma estabelece, ainda, que, se não for fixado um prazo pelo juiz, o benefício cessará após o decurso do lapso de cento e vinte dias, exceto se houver pedido de prorrogação.

Confirmam-se os parágrafos incluídos no art. 60 da Lei n. 8.213/91:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99)

(...).

§ 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).

§ 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017)

§ 10. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram sua concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017)

§ 11. O segurado que não concordar com o resultado da avaliação da qual dispõe o § 10 deste artigo poderá apresentar, no prazo máximo de trinta dias, recurso da decisão da administração perante o Conselho de Recursos do Seguro Social, cuja análise médica pericial, se necessária, será feita pelo assistente técnico médico da junta de recursos do seguro social, perito diverso daquele que indeferiu o benefício. (Incluído pela Lei n. 13.457, de 2017).

Como se vê, a fixação de data de cessação do benefício possui, agora, amparo normativo expresso, de modo que a lei não apenas autoriza, mas impõe que o magistrado fixe, “sempre que possível”, data para a alta programada.

Por essa razão, a princípio, inexistente impedimento legal para fixação de data para a alta programada.

Por oportuno, convém destacar que a alta programada ora instituída por lei não impede a realização de perícia para se aferir a necessidade ou não de manutenção do auxílio-doença. Ela apenas impõe uma condição para que seja feita nova avaliação médica, qual seja, o requerimento de prorrogação do benefício. A meu ver, trata-se de exigência razoável e que não ofende qualquer dispositivo constitucional.

Além disso, o acréscimo do §10 ao artigo 60 de Lei 8.213/1991 veio reforçar o poder-dever que o INSS possui de, a qualquer momento, convocar o segurado em gozo de auxílio-doença para que seja avaliado se ainda permanece a incapacidade ensejadora do benefício.

Ressalto, outrossim, a aplicação do decidido em sede de repetitivo (Tema 1013) pelo C. STJ, com a fixação da seguinte tese: “*No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente*”.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS para fixar alta programada e corrigir o termo inicial, mantendo no mais, a r. sentença proferida.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5003213-35.2022.4.03.0000

Agravante: RODRIGO DE OLIVEIRA CEVALLOS
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA BONAVINA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 06/07/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. OPÇÃO POR BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO CONCEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE. QUESTÃO SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO E. STJ. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. SUSPENSÃO DO FEITO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar os Recursos Especiais n. 1.767.789/PR e 1.803.154/RS - acórdão publicado no DJe de 21/6/2019 -, com base no § 5º do artigo 1.036 do CPC, para tornar homogêneo o entendimento da matéria sobre a questão ora em debate, inscrito como tema repetitivo nº 1.018: "Possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS enquanto pendente a mesma ação judicial, com implantação administrativa definitiva dessa última por ser mais vantajosa, sob o enfoque do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991."
- Determinada a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, deve o Juízo a quo aguardar decisão definitiva da Corte Superior a respeito da matéria, paralisando o curso da execução.
- Prejudicada a análise do pedido de majoração dos honorários advocatícios.
- O art. 1.036, § 1.º, do CPC determina a suspensão a tramitação do processo, não somente da questão afetada.
- Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por RODRIGO DE OLIVEIRA CEVALLOS contra decisão que, em sede de execução de demanda previdenciária,

diante da suspensão do feito por conta da pendência relativa ao tema 1018 do STJ, indeferiu o pedido de prosseguimento da execução apenas no tocante aos honorários de sucumbência.

Alega o agravante, em síntese, que a discussão acerca dos atrasados pleiteados pelo exequente não afeta o direito do advogado ao recebimento de honorários advocatícios, sob pena de ofensa à coisa julgada. Neste sentido, entende que a verba honorária possui autonomia em relação ao crédito principal.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Sem contraminuta.

É o relatório.

VOTO

Relata o agravante que, após sentença de improcedência, decisão monocrática proferida no âmbito desta E. Corte reconheceu e converteu o tempo especial em comum nos períodos de 02/12/1985 a 02/05/1988, 18/05/1988 a 27/12/1989, 13/02/1990 a 31/03/1994 e de 25/04/1994 a 08/08/1994. O INSS foi condenado à concessão do benefício de aposentadoria proporcional a partir da citação, bem como ao pagamento de honorários advocatícios no patamar de 10% sobre as verbas em atraso até o referido acórdão (05/06/2018).

Entretanto, o mesmo benefício foi-lhe deferido na via administrativa a partir de 6/5/2019, mais vantajoso que o obtido judicialmente.

Por esta razão, o exequente postulou pela manutenção do benefício mais vantajoso, sem prejuízo do recebimento das parcelas em atraso referente ao benefício concedido judicialmente, cujas parcelas requereu o recebimento até o dia que antecedeu o benefício administrativo, bem como pelo recebimento dos honorários sucumbenciais nos termos fixados pelo título executivo.

Foi então determinada a suspensão do feito, já que o pleito do exequente trata de questão submetida ao rito dos recursos repetitivos (Tema 1018/STJ).

Pleiteado, então, o normal prosseguimento da execução quanto aos honorários advocatícios, foi proferida a r. decisão recorrida, nos seguintes termos:

“Vistos.

Em resumo: o aqui exequente ajuizou ação buscando converter tempo especial para comum, e requerendo a aposentadoria por tempo de contribuição. Houve citação do INSS em 20/02/2013. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, sendo reformada pelo TRF, que concedeu a conversão do tempo, bem como a aposentadoria proporcional, a partir da data da citação.

No decorrer desse processo, o aqui exequente se aposentou por tempo de contribuição pela via administrativa, em 06/05/2019, recebendo benefício mais vantajoso.

O que busca com a presente execução são os valores devidos entre 20/02/2013 até sua aposentadoria em 06/05/2019.

Como o Juízo fez constar à fl. 214, essa matéria está sendo discutida pelo STJ, no tema repetitivo 1018, o qual determinou a suspensão nacional dos processos que tratem da mesma matéria.

Não há como prosseguir com a execução tão somente quanto aos honorários de sucumbência, já que estes foram fixados em 10% das diferenças devidas até 06/05/2019. Assim, para saber o valor dos honorários, será preciso adentrar no mérito de matéria cuja análise se encontra suspensa por determinação do STJ. Diante do exposto, indefiro o solicitado às fls. 218/220. Tornem os autos ao arquivado provisório, com a anotação no sistema SAJ do código 85699. Intime-se.”

Pois bem.

A discussão de mérito versada neste recurso envolve questão submetida ao rito dos recursos repetitivos pelo e. STJ.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar os Recursos Especiais n. 1.767.789/PR e 1.803.154/RS - acórdão publicado no DJe de 21/6/2019 -, com base no § 5º do artigo 1.036 do CPC, para tornar homogêneo o entendimento da matéria sobre a questão ora em debate, inscrito como tema repetitivo nº 1.018:

“Possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS enquanto pendente a mesma ação judicial, com implantação administrativa definitiva dessa última por ser mais vantajosa, sob o enfoque do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991.”

Houve determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Desse modo, deve o Juízo a quo aguardar decisão definitiva da Corte Superior a respeito da matéria, paralisando o curso da execução.

Neste sentido, o entendimento desta E. Nona Turma:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO CONCEDIDO EM SEDE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DE PARCELAS PRETÉRITAS DO BENEFÍCIO CONCEDIDO NA ESFERA JUDICIAL. RECURSOS ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. RESP1.803.154/RS E RESP 1.767.789/PR. TEMA 1018. RITO DOS ARTIGOS 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015.

- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 21/06/2019, afetou os Recursos Especiais n.º 1.767.789/PR e n.º 1.803.154/RS como representativos da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1018, no qual se discute a “possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS enquanto pendente a mesma ação judicial, com implantação administrativa definitiva dessa última por ser mais vantajosa, sob o enfoque do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991”.

- Houve determinação de suspensão, em todo o país, dos processos que discutem a matéria, pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (art. 1037, II, do CPC/2015).

- Assim, estando a matéria em discussão na Corte Superior, deve ser observada a decisão do c. Superior Tribunal de Justiça, que determinou a suspensão, em todo o país, dos processos que discutem a possibilidade de recebimento de parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente, até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS, mais vantajosa.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5033228-89.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 01/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/07/2020)

Ante a pendência de julgamento do referido tema, resta prejudicada a análise do pedido de execução apenas dos honorários advocatícios.

Com efeito, a teor do disposto no artigo 1.036, § 1º, do CPC, fica suspensa a tramitação do processo, não somente da questão afetada. A propósito, o julgado *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1.018. REsp 1767789. DISTINGUISH. INOCORRÊNCIA.

1. A suspensão dos feitos determinada pelo STJ abrange todo processo e não apenas a questão controvertida. Inteligência do Art. 1.036, § 1º do CPC.

2. Não verificada a tese de distinguish em relação aos honorários advocatícios.

3. Agravo de instrumento desprovido.”

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5004916-69.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, julgado em 24/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/07/2020)

Além disso, conforme consignou o MM. Relator do julgado citado, “a solução dada ao leading case será replicada ao caso em tela e, por via oblíqua, refletirá sobre os honorários advocatícios”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos da fundamentação. É o voto.

Direito Processual Civil



APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0032764-24.1998.4.03.6100

Apelantes: RETOUR ATIVOS FINANCEIROS LTDA. - EM LIQUIDAÇÃO, BANCO CENTRAL DO BRASIL

Apeladas: BARDELLA S.A. INDÚSTRIAS MECÂNICAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, PRENSAS SCHULER S.A.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/07/2022

EMENTA

AÇÃO DE RITO COMUM – ADMINISTRATIVO – LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO BANCO BMD S/A – CONTRATO DE CÂMBIO FUTURO – DESCABIMENTO DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES ADIANTADOS – HABILITAÇÃO NO CONCURSO DE CREDORES – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BACEN – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – EXTINÇÃO SEM EXAME DE MÉRITO – PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DO BACEN, DO BANCO BMD E À REMESSA OFICIAL

1 - Nos termos do art. 11, inciso III, Lei 4.595/64, compete ao Banco Central do Brasil “atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial”.

2 - Segundo informações extraídas do site do Banco Central do Brasil, “contrato de câmbio é o documento que formaliza a operação de compra ou de venda de moeda estrangeira. Nele são estabelecidas as características e as condições sob as quais se realiza a operação de câmbio. Dele constam informações relativas à moeda estrangeira que um cliente está comprando ou vendendo, à taxa contratada, ao valor correspondente em moeda nacional e aos nomes do comprador e do vendedor. Os contratos de câmbio devem ser registrados no Sistema Câmbio pelo agente autorizado a operar no mercado de câmbio.”.

3 - Celebrou a parte autora contratos de câmbio nos dias 01/04/1998 e 14/05/1998, adquirindo as quantias de DM\$ (sic) 62.301,75, correspondentes a R\$ 38.409,03, e US\$ 318.317,84, correspondentes a R\$ 364.633,09, cujos vencimentos eram 19/06/1998 e 20/07/1998, respectivamente, ID 107390142 - Pág. 6.

4 - Contudo, em 15/05/1998, por ato do Presidente do Banco Central do Brasil, foi decretada a liquidação extrajudicial do Banco BMD, ID 107390142 - Pág. 7.

5 - Note-se, então, que o polo autor celebrou contratação de “câmbio futuro”, modalidade na qual o valor contratado é liquidado em prazo superior a três dias, sendo que as avenças cuja liquidação se dê em até dois dias são chamadas de “câmbio pronto”.

6 - Este tipo de procedimento, por sua própria natureza, pano de fundo, traduz-se em operação de hedge (proteção), pois a taxa cambial aposta no contrato é garantida, de modo que a variação positiva da moeda, ad futurum, gera prejuízo ao vendedor, que deverá suportar a liquidação, na data aprazada, pelo valor anteriormente contratado.

7 - Quando o banco vendedor da moeda assume tal compromisso, evidente que o montante contratado repousa em seu caixa, tratando-se de crédito – contabilmente explanando – como qualquer outra operação ou investimento financeiro, enquanto não liquidado o importe, figurando como depositário e responsável pelo cumprimento da obrigação, por força contratual.

8 - Não se há de responsabilizar o BACEN pelo prejuízo experimentado, vez que a decretação de liquidação extrajudicial a ser medida dissociada daquela relação material mantida entre a empresa compradora dos dólares e o banco vendedor em liquidação. Precedentes.

9 - O crédito a que aponta fazer jus o polo autor está sujeito ao concurso universal de credores da instituição financeira em liquidação, art. 22, Lei 6.024/1974. Precedentes.

10 - Com razão os apelantes, não possuindo a Justiça Federal competência para o deslinde da controvérsia, porque sujeito o crédito em pauta à submissão do concurso de credores.

11 - O polo autor está sujeito ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos réus, monetariamente atualizados, montante este que espelha as diretrizes do art. 20, CPC vigente ao tempo dos fatos, não condizendo o valor da causa (R\$ 10.000,00, ID 107390142 - Pág. 20) ao provimento econômico vindicado, traduzindo-se irrisória a cifra honorária, se baseada em referido montante, vilipendiando a profissão do Advogado.

12 - Provimento às apelações e à remessa oficial, reformada a r. sentença, a fim de reconhecer a ilegitimidade passiva do BACEN e a incompetência da Justiça Federal, extinguindo-se o processo, sem exame de mérito, sujeitando-se o polo autor ao pagamento de honorários advocatícios, tudo na forma da fundamentação retro.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento às apelações e à remessa oficial, reformada a r. sentença, a fim de reconhecer a ilegitimidade passiva do BACEN e a incompetência da Justiça Federal, extinguindo-se o processo, sem exame de mérito, sujeitando-se o polo autor ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações e de remessa oficial, em ação de rito comum, ajuizada por Bardella S/A Indústrias Mecânicas e Prensas Schuler S/A em face do Banco

Central do Brasil e do Banco BMD S/A em liquidação extrajudicial, requerendo a restituição das quantias adiantadas e retidas pelo segundo réu, em razão de operação de entrega de moeda nacional para pagamento de importação ou, alternativamente, que o BACEN libere os valores relativos aos vencimentos de faturas comerciais já ocorridos, do mesmo modo agindo em relação aos vencimentos futuros.

A r. sentença, lavrada sob a égide do CPC anterior, ID 107390142 - Pág. 243, julgou procedente o pedido, asseverando a competência da Justiça Federal, porque o BACEN a ser o órgão executivo do SFN, não se tratando de mera aplicação financeira ou depósito, mas realizada foi operação de câmbio acompanhada e administrada pelo Banco Central, a quem atribuído o controle do câmbio, assim, se na data da liquidação extrajudicial a autora possuía valores dependentes de remessa ao exterior, por força do contrato de câmbio, é imperiosa a devolução do montante, que não integra o acervo para satisfação dos credores, incorrendo violação ao princípio "par conditio creditorum", agindo o liquidado como mero intermediário do BACEN. Condenou o Banco BMD S/A em liquidação extrajudicial a devolver a quantia adiantada pela autora, devendo o BACEN liberar as divisas relativas ao vencimento da fatura comercial, liquidando o contrato de câmbio 98/0013095. Sujeitou os réus ao pagamento de honorários, proporcionalmente, nos termos do art. 21, CPC, em 10% do valor da causa.

Interpostos embargos de declaração pela parte requerente, os mesmos foram providos, para acrescer a necessidade de liquidação também do contrato 98/008770, ID 107389967 - Pág. 12.

Apelou o Banco BMD, ID 107389967 - Pág. 19, alegando, em síntese, que a modalidade contratada pelo polo autor foi o do câmbio futuro, por isso houve adiantamento do valor, não possuindo direito de devolução imediata do importe, mas há a necessidade de habilitação como credor quirografário, pois sob sua disponibilidade o dinheiro depositado, assim, com a instauração da liquidação extrajudicial, inaugurou-se o concurso de credores.

Informou o BACEN não foi intimado do sentenciamento, apresentado apelação, ID 107389967 - Pág. 73, 75 e 101, alegando, em síntese, incompetência da Justiça Federal, porque inexistente sua responsabilidade subsidiária pelas operações praticadas pelas instituições financeiras, sendo que o pedido contido na petição inicial deve ser direcionado exclusivamente ao Banco BMD, o qual sob regime de liquidação extrajudicial, análogo à falência, cuja competência para exame das controvérsias a ser da Justiça Estadual, não detendo legitimidade passiva. No mais, sustenta que a contratação da taxa futura, com adiantamento de valores, a gerar benefícios e riscos do negócio, propiciando que a instituição financeira tenha disponibilidade do dinheiro e com ele "trabalhe" no mercado financeiro e, em razão da liquidação extrajudicial, está o polo apelado submetido ao concurso de credores.

Apresentadas as contrarrazões, ID 107389967 - Pág. 50 e ID 107389967 - Pág. 119, sem preliminares, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, nos termos do art. 11, inciso III, Lei 4.595/64, compete ao

Banco Central do Brasil “atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial”.

Por sua vez, segundo informações extraídas do site do Banco Central do Brasil, “contrato de câmbio é o documento que formaliza a operação de compra ou de venda de moeda estrangeira. Nele são estabelecidas as características e as condições sob as quais se realiza a operação de câmbio. Dele constam informações relativas à moeda estrangeira que um cliente está comprando ou vendendo, à taxa contratada, ao valor correspondente em moeda nacional e aos nomes do comprador e do vendedor. Os contratos de câmbio devem ser registrados no Sistema Câmbio pelo agente autorizado a operar no mercado de câmbio.”.

Neste passo, celebrou a parte autora contratos de câmbio nos dias 01/04/1998 e 14/05/1998, adquirindo as quantias de DM\$ (sic) 62.301,75, correspondentes a R\$ 38.409,03, e US\$ 318.317,84, correspondentes a R\$ 364.633,09, cujos vencimentos eram 19/06/1998 e 20/07/1998, respectivamente, ID 107390142 - Pág. 6.

Contudo, em 15/05/1998, por ato do Presidente do Banco Central do Brasil, foi decretada a liquidação extrajudicial do Banco BMD, ID 107390142 - Pág. 7.

Note-se, então, que o polo autor celebrou contratação de “câmbio futuro”, modalidade na qual o valor contratado é liquidado em prazo superior a três dias, sendo que as avenças cuja liquidação se dê em até dois dias são chamadas de “câmbio pronto”.

Neste passo, este tipo de procedimento, por sua própria natureza, pano de fundo, traduz-se em operação de hedge (proteção), pois a taxa cambial aposta no contrato é garantida, de modo que a variação positiva da moeda, ad futurum, gera prejuízo ao vendedor, que deverá suportar a liquidação, na data aprazada, pelo valor anteriormente contratado.

Ato contínuo, quando o banco vendedor da moeda assume tal compromisso, evidente que o montante contratado repousa em seu caixa, tratando-se de crédito – contabilmente explanando – como qualquer outra operação ou investimento financeiro, enquanto não liquidado o importe, figurando como depositário e responsável pelo cumprimento da obrigação, por força contratual.

É dizer, não se há de responsabilizar o BACEN pelo prejuízo experimentado, vez que a decretação de liquidação extrajudicial a ser medida dissociada daquela relação material mantida entre a empresa compradora dos dólares e o banco vendedor em liquidação:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BACEN. SUPOSTA OMISSÃO EM INTERVENÇÃO EM BANCO INSOLVENTE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. QUEBRA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EVENTUAL PREJUÍZO DE INVESTIDORES. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido se pronuncia de modo inequívoco e suficiente sobre a questão posta nos autos.

2. A controvérsia cinge-se à eventual responsabilidade do Banco Central do Brasil em indenizar investidor ante prejuízos sofridos pela inadimplência de títulos de crédito que tinham como devedor o Banco Pontual S.A., instituição financeira que fora submetida aos regimes de intervenção e de liquidação extrajudicial.

3. Não há nexo de causalidade entre a eventual conduta omissiva do Banco Central do Brasil e a bancarrota de instituição financeira, no que toca aos correspondentes danos aos investidores desta última.

Precedentes.

Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp 1225229/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 20/02/2014)

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERVENÇÃO EXTRAJUDICIAL DO BANCO CENTRAL NO BANCO BVA S/A. PRETENSÃO DA EMPRESA-IMPETRANTE DE LIBERAÇÃO DOS SEUS DEPÓSITOS DE CDB NA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INVIABILIDADE. ART. 6o. DA LEI 6.024/1974. EFEITO DA INTERVENÇÃO: INEXIGIBILIDADE DOS DEPÓSITOS JÁ EXISTENTES À DATA DA SUA DECRETAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A decretação de intervenção extrajudicial pelo Banco Central do Brasil no Banco BVA S/A tem como uns dos efeitos a suspensão das obrigações vencidas da instituição financeira, tornando inexigíveis os depósitos existentes na data da decretação da intervenção, nos termos do art. 6o. da Lei 6.024/74. Dessa forma, o fato da impetrante ter solicitado a liberação dos valores investidos em data pretérita à intervenção, não tornam esses valores insuscetíveis aos seus efeitos.

2. A empresa-impetrante, aplicadora em CDB (título de crédito escritural), como qualquer outro depósito bancário, não detém qualquer privilégio quanto aos seus créditos, comparativamente aos demais credores da instituição financeira submetida, pelo BACEN, à intervenção extrajudicial. Caso o BACEN verifique a necessidade de decretação da liquidação extrajudicial do Banco BVA S/A, o pagamento de credores e investidores deverá seguir a ordem legal estabelecida pela Lei de Falências, uma vez que o Banco não pode preferir nenhum credor em detrimento de outros.

3. Não há direito líquido e certo tutelado pela parte agravante;

Agravo Regimental desprovido, mantendo-se o indeferimento liminar do Mandado de Segurança.

4. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no MS 19.822/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

"RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEI Nº 6.024/75. LEI DE FALÊNCIAS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. HARMONIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CERTIFICADO DE DEPÓSITO INTERFINANCEIRO (CDI) E TERMO DE CAUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO QUALIFICADO. SUBMISSÃO AO CONCURSO GERAL DE CREDITORES. PODERES DO LIQUIDANTE E DA AUTORIDADE MONETÁRIA. BANCO CENTRAL DO BRASIL COMO "JUIZ" DA LIQUIDAÇÃO. EQUIPARAÇÃO. RELEVÂNCIA DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA AUTORIDADE MONETÁRIA.

...

2. O fato de a instituição financeira estar sob regime de liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024/75), sob intervenção do Banco Central, não lhe altera a persona-

lidade jurídica e não retira a competência da justiça estadual para apreciar o litígio. Precedentes.

3. Por força do disposto no artigo 34 da Lei nº 6.024/75, é possível aplicar a legislação falimentar subsidiariamente ao procedimento de liquidação extrajudicial de instituições financeiras, mas com a ressalva expressa de que somente lhe serão aplicáveis “no que couberem e não colidirem” com os preceitos daquela.

4. Atribuições distintas do liquidante e do Banco Central, que não se sobrepõem, não se excluem e devem ser compatibilizadas visando o melhor aproveitamento da liquidação extrajudicial das instituições financeiras.

5. O Banco Central do Brasil, na qualidade legalmente equiparada de “juiz da falência”, reconheceu que os créditos oriundos do termo de caução pertenciam à instituição liquidanda. Tal determinação administrativa não foi impugnada pelas vias próprias. Daí porque não há falar em existência de crédito qualificado em favor do recorrente/credor, restando-lhe submeter-se ao concurso geral de credores.

6. Recurso especial não provido.”

(REsp 459.352/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012)

“AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO. BENS. DESTINO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA FALÊNCIA. CONFLITO. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, é cabível o pedido de restituição baseado no adiantamento de contrato de câmbio, pois os valores dele decorrentes não integram o patrimônio da massa falida ou da empresa concordatária (art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 - Lei do Mercado de Capitais). Porém, isso não significa, entretanto, que as execuções possam prosseguir em outro juízo que não o da recuperação judicial, pois cabe a este apurar, mediante pedido de restituição formulado pela instituição financeira, se o crédito reclamado é extraconcursal e, portanto, excepcionado dos efeitos da falência, sendo certo que o conflito de competência não é a seara adequada à indigitada discussão, que depende de dilação probatória.

2. Assim, a fim de impedir que as execuções individualmente manejadas possam inviabilizar a recuperação judicial das empresas, tem-se por imprescindível as suspensões daquelas, devendo os credores procurar no juízo universal a satisfação de seus créditos.

3. O deferimento da recuperação judicial acarreta ao Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar.

4. Impossibilidade do conflito de competência ser utilizado como sucedâneo recursal, bem como não se presta a resolver questões que devem ser dirimidas nas instâncias ordinárias.

5. Agravo regimental improvido.”

(AGRCC 201001578919, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA:11/10/2011);

Ou seja, o crédito a que aponta fazer jus o polo autor está sujeito ao concurso universal de credores da instituição financeira em liquidação, art. 22, Lei 6.024/1974:

"PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. MOEDA ESTRANGEIRA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73 (ART. 1.022 DO CPC/15). OMISSÃO. AUSÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS SUMULARES N. 5 E N.7 DO STJ.

I - Trata-se, na origem, de ação ordinária objetivando obter o cumprimento de contratos de câmbio, com remessa das divisas ao exterior para pagamento dos fornecedores da agravante. Na sentença, o pedido foi julgado procedente. No Tribunal a quo, a sentença foi reformada para julgar improcedente o pleito autoral. Esta Corte conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou provimento.

II - Em relação à indicada violação do art. 535 do CPC/1973 pelo Tribunal a quo, não se vislumbram as alegadas omissões apontadas pela recorrente, tendo o julgador abordado a controvérsia tal qual invocada pelas partes. Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação da embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso, sendo de rigor o afastamento da suposta violação do art. 535 do CPC/1973, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao mais, todo o inconformismo recursal está relacionado a questões inerentes ao contrato firmado entre as partes, e sua natureza, tendo o Tribunal a quo assim dirimido a controvérsia: "[...] O contrato de câmbio futuro caracteriza verdadeira aplicação financeira, na medida em que o banco depositário assume o risco de eventuais variações positivas da moeda estrangeira, de forma a garantir ao importador a paridade monetária existente no momento da realização da operação. Em face destas peculiaridades, os valores adiantados pelo contratante passam a integrar o patrimônio da instituição depositária, gerando ao primeiro somente um crédito contra aquela instituição. Destarte, entrando a instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial, resta ao contratante a habilitação do seu crédito no concurso de credores, na forma do art. 22 da Lei 6.024/74. [...]" Nesse panorama, não há como debater as apontadas violações de Lei Federal sem que se proceda à análise da matéria fático-probatória dos autos, assim como das cláusulas contratuais, o que não tem cabimento em recurso especial, nos termos das Súmulas n. 5 e 7/STJ.

III - Agravo interno improvido."

(AgInt nos EDcl no REsp 1661653/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020)

"ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CÂMBIO. FALÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES ADIANTADOS QUE NÃO INTEGRAM A MASSA FALIDA. INVIÁVEL.

1. O contrato de câmbio futuro caracteriza verdadeira aplicação financeira, na medida em que o banco depositário assume o risco de eventuais variações positivas da moeda estrangeira, de forma a garantir ao importador a paridade monetária existente no momento da realização da operação.

2. Entrando a instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial, resta ao contratante a habilitação do seu crédito no concurso de credores, na forma do art. 22 da Lei 6.024/74

3. Apelações e remessa oficial providas. Sentença reformada."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0001733-49.1999.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, julgado em 19/07/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012)

"AGRAVO LEGAL. AÇÃO ORDINÁRIA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO BANCO BMD S/A. CONTRATO DE CÂMBIO FUTURO. DESCABIMENTO DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES ADIANTADOS. CRÉDITO EM FAVOR DO CONTRATANTE. HABILITAÇÃO NO CONCURSO DE CREDORES.

1. O contrato de cambio nº 98/001927 foi celebrado em 22/04/1998 para liquidação em 08/06/1998. Já a liquidação extrajudicial do Banco BMD foi determinada em 14/05/1998.

2. Os Tribunais pátrios trilham no sentido de que se trata de verdadeira aplicação financeira, na medida em que se tratando de contrato para liquidação futura, o contratante não está obrigado a entregar antecipadamente os valores envolvidos. Pode fazê-lo, voluntariamente, a fim de assegurar a cotação da moeda estrangeira e ainda obter remuneração pelo valor depositado até a data da liquidação.

3. Existe, desta feita, verdadeira aplicação financeira, visando, ao mesmo tempo, o hedge e os rendimentos, com os riscos inerentes, inclusive o de insolvência do tomador.

4. É de se concluir que a restituição ou pagamento dos contratos, como pede a autora, implicaria inobservância ao princípio do "par conditio creditorum", pois daria a parte autora, em relação aos demais credores, uma prerrogativa ilegal, excluindo-a da socialização dos riscos e perdas que permeiam o processo de liquidação extrajudicial e falência.

5. Os honorários advocatícios foram majorados com estrita observância do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil, segundo o qual "nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior".

6. Considerando-se a natureza da demanda, o valor da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o seu serviço, em suma, os critérios previstos no art. 20, §3º, 'a', 'b' e 'c' do CPC, o valor arbitrado a título de honorários, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mostra-se adequado e proporcional para o caso.

7. Agravos Legais Improvidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0001076-10.1999.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 26/07/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/08/2012)

Logo, com razão os apelantes, não possuindo a Justiça Federal competência para o deslinde da controvérsia, porque sujeito o crédito em pauta à submissão do concurso de credores.

O polo autor está sujeito ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos réus, monetariamente atualizados, montante este que espelha as diretrizes do art. 20, CPC vigente ao tempo dos fatos, não condizendo o valor da causa (R\$ 10.000,00, ID 107390142 - Pág. 20) ao provimento econômico vindicado, traduzindo-se irrisória a cifra honorária, se baseada em referido montante, vilipendiando a profissão do Advogado.

Honorários recursais ausentes, porque sentenciada a causa sob a égide do CPC anterior, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não so-

correrem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo provimento às apelações e à remessa oficial, reformada a r. sentença, a fim de reconhecer a ilegitimidade passiva do BACEN e a incompetência da Justiça Federal, extinguindo-se o processo, sem exame de mérito, sujeitando-se o polo autor ao pagamento de honorários advocatícios, tudo na forma da fundamentação retro.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0020851-84.2013.4.03.0000

Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

interessados: SERGIO MARTINS CARRASCO, MARIA REGINA SALMAZO CUSTODIO, VANIR RODRIGUES DE SOUZA, CLEBER ROBERTO SOARES VIEIRA, FABIO ROGERIO CAMPANHOLO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – ART. 7º, LEI 8492/92 - TEMA 701/STJ – ART. 37, XXI, LEI 8666/93 - CABIMENTO – RECURSO PROVIDO.

1. Prejudicados os embargos de declaração, considerando o julgamento do mérito do agravo de instrumento a seguir.

2. A indisponibilidade de bens prevista na Lei nº 8.429/92 (art. 7º) possui natureza acautelatória, pois visa assegurar o resultado prático de eventual ressarcimento ao erário causado pelo ato de improbidade administrativa.

3. O dispositivo transcrito permite o decreto de indisponibilidade de bens na hipótese de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.

4. O Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática dos recursos repetitivos, no REsp 1366721/BA (Tema 701), decidiu ser dispensável a comprovação de dilapidação efetiva ou iminente do patrimônio de réus em ação de improbidade para que seja deferida a medida ora requerida.

5. Vale registrar a tese fixada no aludido paradigma: *“É possível a decretação da “indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.”*

6. Do precedente qualificado mencionado, infere-se que, não obstante dispensável a comprovação de dilapidação efetiva ou iminente do patrimônio dos réus (que estaria implícito no art. 7º, Lei nº 8.429/1992), exige-se a demonstração de fortes indícios de responsabilidade dos agentes pela prática de ato impugnado.

7. A existência de fortes indícios da prática de atos ímprobos e de eventual envolvimento dos requeridos foi reconhecida pelo Juízo *a quo*, ao receber a petição inicial.

8. A ação civil pública foi proposta, em suma, com o escopo de ressarcir os cofres públicos em razão de atos de improbidade administrativa realizados pelos réus, ora agravados, e a imposição a eles das demais penas previstas no art. 12, Lei nº 8.429/1992.

9. Compulsando os autos, verifica-se que o Ministério Público Federal apurou que a Prefeitura Municipal de Populina/SP, através de sua ex-prefeita, firmou os convênios nº 205/2008, 736456/2010 e 742090/2010 com o Ministério do Turismo, objetivando recursos públicos no importe de R\$ 275.000,00, para realização do Projeto intitulado “35ª Festa do Peão de Boiadeiro de Populina/SP”, “37ª Festa do Peão de Boiadeiro de Populina/SP” e “2º Arraial Junino e Populina” e que, visando a contratação de shows de artistas e bandas musicais para as referidas festividades, a prefeita firmou contratos junto às empresas citadas, mediante Processo de Inexigibilidade de Licitação, que foi feito de forma irregular, tendo em vista a “ausência de documentação comprobatória de exclusividade (carta de exclusividade) de comercialização dos artistas por parte da empresa contratada”, contrariando art. 25, III, Lei de Licitações.

10. Prevê a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências: *“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”*.

11. Neste momento, verifica-se que a contratação não foi realizada através de “empresário exclusivo” dos artistas mencionados, em desacordo com o disposto no art. 25, III, Lei nº 8.666/93.

12. Embargos de declaração prejudicados e agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicados os embargos de declaração e deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fls. 219/220) que, embora tenha recebido a petição inicial da ação civil pública, indeferiu pedido de indisponibilidade dos réus, ora agravados.

Na ação originária, proposta com escopo de condenar os réus pela prática de atos de improbidade administrativa, por suposta irregularidade na contratação mediante inexigibilidade de licitação em ofensa aos ditames da Lei nº 8.666/93, entendeu o MM Juízo de origem que alguns dos réus tomaram o cuidado de exigir os comprovantes de exclusividade quando da contratação de shows de artistas e outros teriam, em uma primeira análise, demonstrado a exclusividade das empresas contratadas, bem como o autor não demonstrou que a dilapidação do patrimônio pelos réus.

Nas razões recursais, alegou o agravante MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL que evidente o *fumus boni iuris*, que foi reconhecido pelo Juízo *a quo*, porquanto persentes os indícios da prática de ato de improbidade administrativa por parte dos agravados, notadamente pelos contratos por inexigibilidade de licitação que foram celebrados de maneira indevida com empresas intermediárias, uma vez que os artistas não foram contratados diretamente e nem mesmo por empresário exclusivo, consoante inciso III do art. 25 da Lei de Licitações.

Aduziu que, no âmbito do Convênio 205/2008, o *fumus boni iuris* transparece da contratação da empresa "Prime Produções Culturais Ltda-ME" para realização de shows artísticos com a dupla "Zé Henrique e Gabriel", "João Carreiro e Capataz" e "Gian e Giovani", sem devida carta de exclusividade dos artistas contratados, indispensável para que a licitação fosse inexigível.

Afirmou que, no âmbito do Convênio 736456/2010, o *fumus boni iuris* transparece da contratação da empresa "Vanir e Maraninis Eventos e Pesquisas Ltda" para realização de shows artísticos com a dupla "Alan & Alex" e com a banda "Batom na Cueca", portanto, realizada através de empresa intermediária, que detinha poderes de "exclusividade" somente para as datas correspondentes às respectivas apresentações no evento.

Asseverou que no âmbito do Convênio 742090/2010, o *fumus boni iuris* transparece da contratação da empresa "Vanir e Maraninis Eventos e Pesquisas Ltda" para realização de shows artísticos no projeto intitulado "2º Arraial Junino de Populina", o primeiro show com a "Banda Jafferson", o segundo com a empresa "Vale do Sol Eventos Ltda-ME", para apresentação da dupla "Lourenço e Lourival" e "Banda Apocalypse In Concert", e o terceiro junto à empresa "Forever Eventos Ltda-ME", para a realização de show com a banda "Fruto Proibido", ou seja, a contratação se deu por empresa intermediária, que detinha "exclusividade" de comercialização do artista somente para as datas correspondentes às respectivas apresentações.

Assim, resumiu a recorrida, que a controvérsia reside apenas na suposta de ausência do *periculum in mora* para a decretação da medida.

Alegou que a demonstração de que os agravados estão dilapidando seus bens é despicienda, uma vez que doutrina e jurisprudência tem se inclinado pelo entendimento de que o perigo na demora, em casos de improbidade administrativa, pode ser presumido das próprias circunstâncias dos fatos e que exigiram a instauração de um processo judicial para restaurar as verbas públicas o *status quo ante*. Acrescentou que, por força do disposto no art. 7º, LIA, tal requisito decorre da própria previsão legal.

Sustentou que a medida pleiteada não ensejará qualquer prejuízo irreversível aos réus, uma vez que a indisponibilidade, em si, afeta apenas o poder de alienar a coisa, de modo que seu proprietário continua exercendo todos os poderes inerentes ao domínio, que não são atingidos pela constrição (art. 1228, CC).

Observou que, neste momento, mostra-se ainda maior a necessidade de concessão da tutela de urgência, tendo em vista que os réus, agora notificados, podem adotar práticas ilícitas a fim de se livrarem de seus respectivos patrimônios.

Requeru a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para que seja decretada a indisponibilidade de bens dos agravados e, ao final, o provimento do agravo.

Deferiu-se a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Apenas FÁBIO ROGÉRIO CAMPANHO opôs embargos de declaração, afirmando existir omissão na decisão embargada, posto que foi apresentada carta de exclusividade e foi prestado o serviço. Alegou também existir contradição com a decisão de primeiro grau, na medida em que não apreciados os documentos de fls.115, 116, 128, 129 e 130.

O agravante apresentou resposta.

Sobreveio notícia de que o Juízo de origem declinou da competência em favor de uma das Varas do Juízo de Direito da Comarca de Estrela DOeste/SP.

Remetidos estes autos recursais ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Relator sorteado ratificou o pedido liminar. Em julgamento perante a Corte Estadual, o agravo não foi conhecido, considerando a decisão proferida no Conflito de Competência nº 153295, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, determinando-se, na oportunidade, a remessa dos autos à Justiça Federal.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opinou pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

De início, julgo prejudicados os embargos de declaração, considerando o julgamento do mérito do agravo de instrumento a seguir.

A indisponibilidade de bens prevista na Lei nº 8.429/92 possui natureza acautelatória, pois visa assegurar o resultado prático de eventual ressarcimento ao erário causado pelo ato de improbidade administrativa.

Dispõe o art. 7º, da Lei nº 8.429/1992:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

O dispositivo transcrito permite o decreto de indisponibilidade de bens na hipótese de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.

Cumprе ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática dos recursos repetitivos, no REsp 1366721/BA (Tema 701), decidiu ser dispensável a comprovação de dilapidação efetiva ou iminente do patrimônio de réus em ação de improbidade para que seja deferida a medida ora requerida, como se verifica abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE

DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual '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'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma

peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

(REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014) (grifos)

Vale registrar a tese fixada no aludido paradigma: “É possível a decretação da “indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.”

Do precedente qualificado mencionado, infere-se que, não obstante dispensável a comprovação de dilapidação efetiva ou iminente do patrimônio dos réus (que estaria implícito no art. 7º, Lei nº 8.429/1992), exige-se a demonstração de fortes indícios de responsabilidade dos agentes pela prática de ato impugnado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 1.228 DO CÓDIGO CIVIL, E 319, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS. ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. FUMUS BONI JURIS PRESENÇA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO INTERNO PROVIDO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

III - A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal a quo, não obstante oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.

IV - Consoante entendimento pacífico deste Tribunal Superior, o juízo pode decretar, fundamentadamente, a indisponibilidade ou bloqueio de bens do demandado, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo, prescindindo da comprovação de dilapidação de patrimônio, ou sua iminência.

Precedentes.

V - Rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou a presença de indícios do cometimento de improbidade administrativa, caracterizando o fumus boni juris necessário à concessão da medida constritiva, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07/STJ.

VI - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VII - Agravo Interno provido, para não conhecer do Recurso Especial. (STJ, AgInt no REsp 1850269 / MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 12/03/2021). (grifos)

Neste contexto, infere-se que a existência de fortes indícios da prática de atos ímprobos e de eventual envolvimento dos requeridos foi reconhecida pelo Juízo *a quo*, ao receber a petição inicial.

A ação civil pública foi proposta, em suma, com o escopo de ressarcir os cofres públicos em razão de atos de improbidade administrativa realizados pelos réus, ora agravados, e a imposição a eles das demais penas previstas no art. 12, Lei nº 8.429/1992.

Compulsando os autos, verifica-se que o Ministério Público Federal apurou que a Prefeitura Municipal de Populina/SP, através de sua ex-prefeita, firmou os convênios nº 205/2008, 736456/2010 e 742090/2010 com o Ministério do Turismo, objetivando recursos públicos no importe de R\$ 275.000,00, para realização do Projeto intitulado “35ª Festa do Peão de Boiadeiro de Populina/SP”, “37ª Festa do Peão de Boiadeiro de Populina/SP” e “2º Arraial Junino e Populina” e que, visando a contratação de shows de artistas e bandas musicais para as referidas festividades, a prefeita firmou contratos junto às empresas citadas, mediante Processo de Inexigibilidade de Licitação, que foi feito de forma irregular, tendo em vista a “ausência de documentação comprobatória de exclusividade (carta de exclusividade) de comercialização dos artistas por parte da empresa contratada”, contrariando art. 25, III, Lei de Licitações.

O MM Juízo de origem, na decisão agravada, decidiu: “*Observo, por fim, a existência de indícios suficientes da prática de atos de improbidade, conforme se depreende dos documentos apresentados e que instruem estes autos (Peças de Informação - P.I. 1.34.030.000171/2011-17, da Procuradoria da República do Município de Jales /SP apensados a estes autos)*”.

Nesse contexto, prevê a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, *diretamente* ou através de *empresário exclusivo*, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (grifos)

Desta forma, verifica-se, neste momento, que a contratação não foi realizada através de “empresário exclusivo” dos artistas mencionados, em desacordo com o disposto no art. 25, III, Lei nº 8.666/93.

Aliás, da própria manifestação do agravado Fábio (Id 89936787 – fls. 27/31), que o Município não contratou o espetáculo diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo, mas através da empresa do recorrido que possuía contrato com o empresário dos músicos.

Ante o exposto, *julgo prejudicados* os embargos de declaração e *dou provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL **5003513-26.2019.4.03.6103**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: BOAZ ESTEVES MARANEZI

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA

Relator para o Acórdão: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA

Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AGRAVO INTERNO - DECISÃO UNIPESSOAL - PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA - VERIFICAÇÃO DE PERÍODOS DE LABOR ESPECIAL OU RURAL - IMPOSSIBILIDADE DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO À LUZ DO CÓDIGO PROCESSUAL VIGENTE E DO REGIMENTO INTERNO DO TRF3.

1- A teor dos artigos 108, inciso II, da Constituição, e 941, do Código de Processo Civil, como regra geral, o julgamento de recursos no âmbito dos Tribunais deve se operar perante o competente órgão colegiado.

2- Em atenção aos princípios processuais da instrumentalidade das formas e da celeridade dos julgamentos, após alteração da legislação processual de 1995 e 1998 (Leis Federais nºs 9.139/95 e 9.756/98), passou-se a admitir o julgamento monocrático no âmbito dos Tribunais, porém, sempre de forma excepcional e dentro de estritas hipóteses legais autorizativas.

3- A teor do artigo 1.011, inciso I, do Código de Processo Civil vigente, apenas se autoriza a decisão unipessoal da apelação pelo Relator nas hipóteses constantes do artigo 932, incisos III a V. Quando ausentes tais hipóteses, deve-se aplicar o inciso II do referido artigo 1.011, com elaboração de voto pelo Relator para julgamento colegiado. É o que ocorre no presente caso.

4- Para além disso, não há previsão legal (artigo 937 do Código de Processo Civil) ou Regimental (RITRF3) para a realização de sustentações orais nos agravos internos contra decisões monocráticas proferidas pelo Relator, o que pode, eventualmente, suscitar dúvidas a respeito de possível violação ao devido processo legal ou mesmo ao exercício da ampla defesa.

5- Nesse quadro, não é viável o julgamento monocrático nos recursos de apelação nas quais se discute, de forma preponderante, matéria de fato, notadamente o reconhecimento de períodos de trabalho especial ou rural para fins de implantação de benefício de aposentadoria.

6- Acolhida a preliminar, não se afigurando possível o imediato julgamento do mérito da apelação, uma vez lavrado o Acórdão do julgamento preliminar, os autos deverão retornar à Relatoria originária para oportuna apresentação de voto mérito concernente ao(s) recurso(s) pendente(s).

7- Preliminar de nulidade do julgamento unipessoal acolhida. Feito a ser oportunamente incluído em pauta de julgamento, pela Relatoria originária, para julgamento do(s) recurso(s) pendente(s).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A SÉTIMA TURMA, POR MAIORIA, DECIDIU ACOLHER A PRELIMINAR PARA RECONHECER A INVIABILIDADE DO JULGAMENTO UNIPESSOAL, NOS TERMOS DO VOTO DO JUIZ CONVOCADO MARCELO GUERRA, COM QUEM VOTOU O DES. FEDERAL TORU YAMAMOTO, VENCIDA A RELATORA QUE DAVA PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO DO INSS. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O JUIZ CONVOCADO MARCELO GUERRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS nos termos do artigo 1.021 do Código de Processo Civil em face da decisão que deu parcial provimento à sua apelação.

O agravante sustenta, em síntese, a impossibilidade de julgamento monocrático, bem como que não restou comprovado o exercício de atividade especial, ante a ausência de laudo pericial e de PPP's devidamente preenchidos. Aduz, ainda, que merecem reforma a decisão no tocante à forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora. Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do julgamento ao órgão colegiado.

Intimada para se manifestar, a parte autora apresentou contrarrazões. É o relatório.

VOTO

O Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra:

Trata-se agravo interno interposto contra decisão monocrática que julgou os recursos apresentados em sede de ação previdenciária destinada a viabilizar a implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição mediante reconhecimento da especialidade de certos períodos de labor.

Divirjo, respeitosamente e com a devida vênia, pelas razões que passo a expor.

A teor do artigo 108, inciso II, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais o julgamento, em grau de recurso, das causas decididas pelos Juízes Federais cuja competência se insere na área de sua jurisdição.

Por determinação do Código de Processo Civil, regra geral, o julgamento no âmbito dos Tribunais se processará perante o Colegiado, verbis:

Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.

§ 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Em atenção aos princípios processuais da instrumentalidade das formas e da celeridade dos julgamentos, após alteração da legislação processual de 1995 e 1998 (Leis Federais nºs 9.139/95 e 9.756/98), passou-se a admitir o julgamento monocrático no âmbito dos Tribunais, porém, sempre de forma excepcional e dentro de estritas hipóteses legais autorizativas.

Segundo essa linha, o atual Código Processual autoriza o julgamento unipessoal dos recursos nas seguintes hipóteses (grifei):

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - *negar provimento a recurso que for contrário a:*

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - *depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:*

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - *exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.*

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

A doutrina assim tem se posicionado acerca da atual redação do Código Processual (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Novo código de processo civil comentado*, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1515 – grifei):

“O art. 932, IV, do Novo CPC, trata da negativa de provimento por decisão monocrática do relator. Segundo o dispositivo legal, o relator nega provimento a

recurso que for contrário à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal (regra já existente no art. 557, caput, CPC/1973), acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. A manifesta improcedência, prevista no art. 557, caput, do CPC/1973, mas sempre mal compreendida e muito pouco utilizada como causa para julgamento monocrático, não consta mais do diploma processual.

Para parcela da doutrina, o dispositivo deve ser interpretado ampliativamente, de forma a ser aplicável sempre que existir precedente sobre a matéria de tribunal superior, ainda que não exista súmula sobre o tema e que a matéria não tenha sido objeto de julgamento de causas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. *Apesar de poder se considerar ser esse o espírito da norma, por uma opção legislativa associada à segurança jurídica, foi feita uma opção dos fundamentos que justificam a decisão unipessoal, de forma que o entendimento ampliativo não deve ser prestigiado*".

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada acerca do cabimento do julgamento unipessoal, naquela C. Corte Superior, quando identificados precedentes não-qualificados da própria Corte Cidadã.

Contudo, é necessário considerar a *peculiaridade* do julgamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já que o Regimento Interno daquele C. Tribunal de Superposição autoriza o julgamento monocrático diante de "*jurisprudência dominante do tema*". Segue o texto do Regimento, no que pertine:

Art. 34. São atribuições do relator: (...)

XVIII - distribuídos os autos:

- a) não conhecer do recurso ou pedido inadmissível, prejudicado ou daquele que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida;
- b) negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça *ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema*;
- c) dar provimento ao recurso se o acórdão recorrido for contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça *ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema*; (grifei)

Importante consignar que a questão gerou controvérsia no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça e apenas foi sedimentada com a edição de Súmula naquela C. Corte: "568. *O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*".

Veja-se: "A prolação de decisão unipessoal pelo Ministro Relator não representa violação do princípio da colegialidade, pois está autorizada pelo art. 34, inciso XX, do Regimento Interno desta Corte e em diretriz consolidada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado n. 568 de sua

Súmula” (5ª Turma, AgRg no HC n. 561.472/PB, j. 19/5/2020, DJe de 27/5/2020, rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA).

Também é necessário anotar que tal entendimento tem por fundamento a possibilidade de realização de eventual sustentação oral pela parte interessada, por ocasião do julgamento do agravo interno contra a monocrática prolatada pelo E. Min. Relator.

Todavia, como já adiantado, a situação nas Cortes locais é diversa: pelo regime do Código de Processo Civil vigente, apenas se autoriza a decisão unipessoal diante de julgamentos “vinculantes” das Cortes Superiores.

Tanto é assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a nulidade da decisão unipessoal de relatores, *nas Cortes de Apelação*, quando fundadas *em jurisprudência consolidada do Tribunal local*. Em tais casos, a Corte Cidadã ressaltou a necessidade de apreciação da matéria de fato pelo Colegiado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 557, CAPUT, DO CPC C.C. O ART. 3.º DO CPP. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DO AGENTE PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA. DECISÃO UNIPESSOAL. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A discussão acerca da existência ou não de dolo na conduta do agente, para se determinar - ou, dependendo do caso, afastar - a caracterização do delito de gestão fraudulenta, previsto no art. 4.º da Lei 7.492/86, exige necessariamente uma análise aprofundada das provas ligadas ao caso concreto, não se tratando, dessa maneira, de matéria passível de se formular um direcionamento jurisprudencial capaz de justificar a adoção analógica do art. 557 do Código de Processo Civil.

2. Ainda que existente jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região acerca da necessidade de dolo para a configuração do crime de gestão fraudulenta (matéria de direito), por óbvio que, para se chegar à conclusão de que não restou caracterizado tal elemento na conduta dos ora Recorridos, seria necessário o exame, em obediência ao duplo grau de jurisdição, de todo o material cognitivo que deu suporte à conclusão do magistrado pela atipicidade da conduta (matéria de fato). Trata-se do efeito devolutivo do recurso de apelação que deve ser submetido ao colegiado.

3. *É evidente que a análise das provas feita monocraticamente pelo Relator, que, no caso, concluiu pela ausência de dolo, ainda que submetida ao colegiado em sede regimental, acaba por suprimir algumas garantias que são características do recurso de apelação, como, por exemplo, a possibilidade de sustentação oral ou publicação e intimação prévia para o julgamento do recurso.*

4. Recurso especial provido para determinar que a questão suscitada pelo Parquet em sede de apelação seja submetida à apreciação pelo órgão colegiado competente. (5ª Turma, REsp n. 1.218.207/SP, j. 11/09/2012, DJe de 19/ 9/2012, rel. Min. LAURITA VAZ, grifei).

PROCESSO CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. JULGAMENTO UNIPESSOAL. LIMITES.

1. O art. 557 do CPC é regra de exceção que, por boa regra de hermenêutica, comporta interpretação restritiva. Sua finalidade é a de meramente possibilitar o julgamento mais rápido de processos, nas hipóteses de rejeição de recursos manifestamente incabíveis (caput), ou de julgamento de questões repetitivas a respeito das quais já haja jurisprudência pacificada.

2. Não se pode dizer, nos termos do §1º do art. 557, que o relator de um recurso, *ao revisar a prova produzida nos autos, promove a aplicação de jurisprudência consolidada quanto à matéria*. Se é necessária reavaliação da prova, o julgamento do processo consubstancia uma atividade individual, relativa àquela controvérsia somente, não uma análise de matéria repetitiva.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(3ª Turma, REsp n. 1.261.902/RJ, j. 16/08/2012, DJe de 22/08/2012, rel. Min. NANCY ANDRIGHI).

Especificamente no que tange à esta C. Corte Regional, anoto que o respectivo Regimento Interno *não* autoriza expressamente a prolação de decisão terminativa em razão da jurisprudência consolidada *local*.

Anoto também que não há previsão legal (artigo 937 do Código de Processo Civil) ou Regimental (RITRF3) para a realização de sustentações orais nos agravos internos contra decisões monocráticas proferidas pelo Relator, o que pode, eventualmente, suscitar dúvidas a respeito de possível violação ao devido processo legal e ou exercício da ampla defesa.

Segue o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos pontos debatidos (grifei):

Art. 33 - Compete ao Relator:

I - ordenar e dirigir o processo, desde a distribuição até o trânsito em julgado do acórdão, ou interposição de recurso para a superior instância;

II - determinar às autoridades judiciárias de instância inferior, sujeitas à sua jurisdição e às autoridades administrativas, providências referentes ao andamento e à instrução do processo, bem como a execução de suas decisões e despachos, salvo se o ato for da competência do Plenário, do Órgão Especial, da Seção, da Turma, ou de seus Presidentes;

III - submeter ao Plenário, ao Órgão Especial, à Seção, à Turma ou aos respectivos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos feitos;

IV - submeter ao Plenário, ao Órgão Especial, à Seção ou à Turma, nos processos de sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de difícil reparação, ou ainda, destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

V - determinar em caso de urgência, as medidas do número anterior deste artigo, "ad referendum" do Plenário, do Órgão Especial, da Seção ou da Turma;

VI - homologar as desistências, ainda que o feito se ache em pauta para julgamento;

VII - pedir dia para julgamento dos feitos que lhe couberem por distribuição, ou determinar a sua inclusão em pauta, quando for Presidente da Turma passando ao Revisor, com relatório, se for o caso;

VIII - Revogado;

IX - propor à Seção ou à Turma seja o processo submetido ao Órgão Especial ou à Seção, conforme o caso, nas hipóteses previstas neste Regimento;

X - redigir o acórdão, quando seu voto vencedor no julgamento for o condutor do resultado;

XI - decidir sobre o pedido de extração de carta de sentença e assiná-la;

XII - negar provimento a recursos nas hipóteses previstas nas alíneas do inciso IV do artigo 932 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

XIII – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento a recursos nas hipóteses previstas nas alíneas do inciso V do artigo 932 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

XIV - Revogado;

XV – no agravo de instrumento, atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão (artigo 1.019, inciso I, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil);

XVI - converter o julgamento em diligência, quando for suscitada preliminar relativa a nulidades supríveis, e, se necessário, ordenar a remessa dos autos à instância inferior;

XVII – julgar o pedido de habilitação (artigos 687 a 692 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil);

XVIII - relatar, com voto, os agravos interpostos de suas decisões

XIX - Revogado.

Parágrafo único. O Desembargador Federal do Tribunal, empossado Presidente, Vice-Presidente ou Corregedor Regional, continuará Relator dos processos já incluídos em pauta.

Art. 143. Caberá sustentação oral nos seguintes casos:

I – recurso de apelação cível ou criminal;

II – mandado de segurança de competência originária, inclusive quanto ao julgamento do pedido de liminar quando esse pedido for submetido pelo relator ao órgão fracionário;

III – ação rescisória e reclamação;

IV – habeas corpus, recurso em sentido estrito, agravo em execução penal;

V – ação penal originária, inclusive nos pedidos de prisão preventiva e afastamento de cargo ou função pública, embargos infringentes em matéria penal e revisão criminal;

VI – agravo de instrumento, somente quando interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;

VII – agravo interno, somente quando interposto da decisão do relator que extingue liminarmente os processos originários de que trata os incisos II e III deste artigo e da decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança;

VIII – no prosseguimento dos julgamentos não unânimes perante a composição ampliada, na forma do Código de Processo Civil e deste Regimento;

IX – incidentes de arguição de inconstitucionalidade e, quando do julgamento de mérito, nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas;

X – outras hipóteses previstas em lei ou neste Regimento.

Parágrafo único. Não haverá sustentação oral no julgamento de:

a) reexame necessário;

b) embargos de declaração;

c) agravo regimental em matéria cível ou penal;

d) agravos de qualquer espécie, com exceção daqueles previstos nos incisos IV, VI e VII deste artigo;

e) conflitos de competência;

f) exceções e incidentes de impedimento ou suspeição, incompetência de juízo, litispendência, ilegitimidade de parte ou coisa julgada;

g) revisão da necessidade de manutenção de prisão preventiva, nos termos do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, nas ações penais originárias;

h) tutelas provisórias decididas no âmbito do Tribunal, bem como na hipótese de retorno dos autos para exame de juízo de retratação em face dos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Tudo isso exposto, reiterando a elevada admiração e profundo respeito que nutro pela E. Relatora, renovadas as devidas vênias, entendo não ser viável o julgamento monocrático nas apelações previdenciárias nas quais se discute, de forma preponderante, matéria de fato, notadamente o reconhecimento de períodos de trabalho especial ou rural para fins de implantação de benefício de aposentadoria.

Por fim, na hipótese de acolhimento da preliminar ora suscitada, entendo incompatível o imediato julgamento do mérito pois, na presente sessão de julgamento, foi apresentado voto pertinente ao agravo interno, cuja devolutividade é distinta das apelações originárias.

Assim, e com fundamento no artigo 939, do Código de Processo Civil, caso vencedor na preliminar, aguardo a apresentação de voto mérito pela E. Relatora em sede de julgamento de apelação.

Por tais fundamentos, *acolho a preliminar* para reconhecer a inviabilidade do julgamento unipessoal. Se vencedor na preliminar, aguardo o voto mérito da E. Relatora em sede de julgamento de apelação.

Caso vencido na preliminar, acompanho a E. Relatora no mérito do agravo interno.

É o meu voto.

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de agravo interno, na forma prevista no artigo 1.021 do CPC, cujo propósito é submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida.

Inicialmente, a alegação de impossibilidade de julgamento monocrático não merece prosperar, pois as questões postas em deslinde são objeto de entendimento harmônico nesta C. Turma e o julgamento monocrático não gera qualquer prejuízo às partes, uma vez que a decisão monocrática que aprecia o recurso, assim como aquela que julga o pedido de tutela provisória ou de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, é impugnável por agravo interno, o qual, se o caso, permite o reexame da questão pela Turma.

No âmbito desta Corte, o julgamento monocrático tem sido levado a efeito por aplicação analógica da Súmula 568 do STJ e como forma de concretizar os princípios da eficiência e duração razoável do processo (TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001819-60.2018.4.03.6134, Rel. Desembargador Federal THEREZINHA ASTOLPHI CAZERTA, julgado em 27/04/2022, Intimação via sistema DATA: 29/04/2022) sem ensejar qualquer prejuízo ao contraditório e ampla defesa, sendo certo que *"Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado"* (TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO

CÍVEL - 5030928-28.2022.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS, julgado em 24/05/2022, DJEN DATA: 26/05/2022).

No presente caso, no tocante ao reconhecimento da especialidade no período de 01.01.2007 a 27.03.2012, a decisão agravada não merece reparos, eis que baseou-se nas provas constantes dos autos, especialmente do laudo técnico pericial id. 104319708, elaborado no bojo da reclamação trabalhista de n. 0010225-77.2015.5.15.0045 (ação civil pública), que teve como reclamante o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Destilação, e faz prova de que, no exercício da atividade de técnico de segurança, o autor prestava serviços na área de produção da refinaria, exposto a hidrocarbonetos e derivados de petróleo, além do benzeno, o que permite o enquadramento código 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64, código 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79, código 1.0.19 do Decreto nº 2.172/97 e códigos 1.0.3 e 1.0.19 do Decreto nº 3.048/99 e código 1.0.19 do Decreto nº 4.882/03.

Nessa ordem de ideias, possível manter a sentença que reconheceu a especialidade nesse período, sendo de se frisar que esta C. Turma, em casos como o dos autos, aceita a prova pericial produzida na Justiça Especializada como prova emprestada, pois atendidos os requisitos da prova atípica previsto no artigo 372 do CPC/2015, pelo que não há que se falar em ofensa ao contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta C. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA EM PARTE. AGENTES BIOLÓGICOS. LAUDO PERICIAL PRODUZIDO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS. BENEFÍCIO INDEFERIDO

1. A concessão da aposentadoria por tempo de serviço, hoje tempo de contribuição, está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei Federal nº 8.213/91. A par do tempo de serviço/contribuição, deve também o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei Federal nº 8.213/91.

2. Nos casos em que resta comprovada a exposição do “auxiliar de enfermagem”, “atendente de enfermagem” e “enfermeiro” à nocividade do agente biológico, a natureza de suas atividades já revela, por si só, que mesmo nos casos de utilização de equipamentos de proteção individual, tido por eficazes, não é possível afastar a insalubridade a que fica sujeito o profissional. Na mesma linha, confira-se: TRF-3, 9ª Turma, AC 00059571820124036183, DJe: 13/02/2017, Rel. Des. Fed. MARISA SANTOS.

3. Não é necessário que o INSS tenha participado do processo de origem da prova emprestada, desde que a similitude fática seja analisada em contraditório, nos termos do artigo 372 do Código de Processo Civil.

4. Deve ser considerado como especial o período de 1/07/2010 a 21/01/2013.

5. Desse modo, computando-se o período de atividade especial reconhecido nos autos, convertido em tempo de serviço comum, acrescido do período reconhecido como especial pelo INSS (fls. 67/68, ID 148270734) bem como dos períodos incontroversos, constantes da CTPS e do CNIS, e excluídos os períodos concomitantes, até a data do requerimento administrativo (13/08/2016 – fls. 47, ID 148270734), verifica-se que a parte autora não possui o tempo necessário para concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição (planilha anexa).

6. Tendo em vista que a parte autora não preencheu os requisitos para concessão do benefício, julgo improcedente o pedido de implantação do benefício previdenciário.

7. A parte autora faz jus apenas à averbação dos períodos acima reconhecidos, para fins previdenciários.

8. Apelação parcialmente provida. (TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000387-32.2019.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal MARCELO GUERRA MARTINS, julgado em 08/06/2021, DJEN DATA: 16/06/2021)

Com relação aos agentes hidrocarbonetos, é considerado especial o labor realizado pelo indivíduo que fica exposto, de forma habitual e permanente, a agentes químicos (hidrocarbonetos e derivados e outros tóxicos inorgânicos), conforme estabelecido pelos itens 1.2.9 e 1.2.11, do Quadro do Decreto nº 53.831/64; e 1.2.10 e 1.2.11, do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e 1.0.17 e 1.0.19 dos Decretos 2.172/97 e 3.048/99.

Vale dizer que, segundo o Anexo 13 da NR-15 do Ministério do Trabalho, a exposição do trabalhador a agentes químicos à base de hidrocarbonetos tem sua intensidade medida a partir de análise qualitativa, bastando apenas o contato físico para caracterização da especialidade do labor. (Precedente desta E. Turma: AC nº 0001879-77.2010.4.03.6109, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, DE 29/05/2018)

Assim, para o agente nocivo químico, por ser qualitativo, não há que se falar em medição de intensidade, desde que conste do PPP a efetiva exposição sofrida pelo autor.

Destaque-se, ainda, que o agente químico benzeno está relacionado como substância cancerígena no Anexo nº 13-A da NR-15 do Ministério do Trabalho e, nos termos do § 4º do artigo 68 do Decreto nº 8.123/2013, que deu nova redação do Decreto nº 3.048/99, a exposição, habitual e permanente, às substâncias químicas com potencial cancerígeno justifica a contagem especial, independentemente de sua concentração.

Igualmente, não há como se sonegar o direito do segurado de averbação do labor em condições especiais sob o argumento de ausência de prévia fonte de custeio (195, §§ 5º e 6º, da CF/88 e artigo 57, §§ 6º e 7º, da Lei 8.213/91), até porque o não recolhimento da respectiva contribuição não pode ser atribuído ao trabalhador, mas sim à inércia estatal no exercício do seu poder de polícia.

Ademais, nesse particular, restou consignado no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, que a ausência de prévia fonte de custeio não prejudica o direito dos segurados à aposentadoria especial, em razão de não haver ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, eis que o art. 195, § 5º, da Constituição Federal (que veda a criação, majoração ou a extensão de benefícios previdenciários sem a correspondente fonte de custeio), contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se trata de benefício criado diretamente pela própria constituição, como é o caso da aposentadoria especial.

Portanto, não merece reforma a decisão agravada no tocante ao reconhecimento da especialidade no período de 01.01.2007 a 27.03.2012.

Todavia, verifica-se a ocorrência de erro material na decisão agravada, uma vez que, embora expresso no dispositivo a determinação de alteração da forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora, nada constou na fundamentação.

Assim, o recurso merece ser parcialmente provido para corrigir o erro material e explicitar que, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, (i) à exceção da correção monetária a partir de julho de 2009, período em que deve ser observado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-e, critério estabelecido pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, e confirmado em 03/10/2019, com a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo INSS, observada, quanto ao termo final, a tese firmada em Repercussão Geral no RE 579.431, e, (ii) a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 113, de 08/12/2021, será aplicada a Taxa SELIC, *“para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, uma única vez, até o efetivo pagamento, acumulado mensalmente.”*

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo interno do INSS para corrigir erro material e explicitar a forma de cálculo dos juros de mora e da correção monetária, nos termos da fundamentação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL

5002779-90.2020.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: ERMILIO TORALES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO DETERMINADA POR PROVIMENTO PRECÁRIO. POSTERIOR REVOGAÇÃO. REPETIBILIDADE DOS VALORES. TEMA Nº 692/STJ. LIQUIDAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA. SENTENÇA ANULADA.

1 – Verifica-se dos autos que a parte autora propôs ação visando a obtenção de benefício previdenciário, tendo sido determinada, por meio de provimento precário, a implantação do beneplácito independentemente do trânsito em julgado. Todavia, sobrevivendo julgamento definitivo de improcedência, houve a revogação implícita do provimento antecipatório. Daí a deflagração, pelo INSS, do incidente de cumprimento de sentença, por meio do qual pretende a devolução dos valores decorrentes da percepção indevida da benesse.

2 - O C. Superior Tribunal de Justiça, a quem é dada a palavra final acerca da interpretação da legislação infraconstitucional, sufragou entendimento no sentido de ser cabível a devolução dos valores recebidos a título de benefício previdenciário (ou assistencial) por meio de tutela antecipada posteriormente revogada, por ocasião da reanálise da tese jurídica firmada no Tema nº 692 (REsp nº 1.401.560/MT), confirmada pela 1ª Seção (Petição nº 12.482/DF), com acréscimo de redação.

3 - Assim, o caráter alimentar dos benefícios previdenciários ou a boa-fé do segurado, por si só, não tornam irrepetíveis tais valores, sobretudo considerando que eles foram pagos em razão de decisão sabidamente precária e que poderia, portanto, ser cassada a qualquer tempo.

4 - A repetibilidade dos valores recebidos pela parte autora por força de tutela de urgência somente pode ser vindicada pelo INSS nos próprios autos da ação em que foi concedida, após regular liquidação, não sendo admissível a execução fiscal ou o ajuizamento de nova ação de conhecimento para tal finalidade. É o que expressamente dispunha e dispõem os artigos 273, §3º combinado com o 475-O, I e II do CPC/73 e 297, parágrafo único combinado com o 302, I e parágrafo único e 520, I e II do CPC/15.

5 - Para além, é o que também restou decidido na Ação Civil Pública autuada sob o nº 0005906-07.2012.4.03.6183, promovida pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, objetivando a condenação do INSS a abster-se da cobrança de valores referentes aos benefícios previdenciários ou

assistenciais concedidos por meio de liminar, tutela antecipada e sentença, que foram revogadas ou reformadas por decisão judicial posterior.

6 - Dessa forma, assentada a necessidade de devolução, pelo beneficiário, do montante recebido em decorrência de provimento antecipatório posteriormente revogado, há que se considerar a via utilizada na efetivação da cobrança, a qual deve corresponder, necessariamente, à liquidação do débito nos próprios autos da ação concessiva da tutela ou liminar, facultado o desconto de até 30% (trinta por cento) em eventual benefício em manutenção percebido pela parte autora.

7 - Apelação do INSS provida. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação interposta pelo INSS, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de Origem, para regular prosseguimento da execução, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, em cumprimento de sentença proposto em face de ERMILIO TORALES, objetivando o ressarcimento ao erário dos valores recebidos por este último a título de tutela antecipada posteriormente revogada.

A r. sentença, prolatada em 07/08/2019, indeferiu a petição inicial do INSS, sob o fundamento de que os valores recebidos de boa-fé pelos segurados são irrepetíveis.

Em suas razões recursais, o INSS pugna pela reforma do r. decisum, ao fundamento de ser possível a cobrança dos valores recebidos indevidamente pelos segurados. No mais, afirma que a exigibilidade do crédito vindicado foi ratificada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do tema 692.

Devidamente processado o recurso, sem contrarrazões, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Verifica-se dos autos que a parte autora propôs ação visando a obtenção de benefício previdenciário, tendo sido determinada, por meio de provimento precário,

a implantação do beneplácito independentemente do trânsito em julgado. Todavia, sobrevindo julgamento definitivo de improcedência, houve a revogação implícita do provimento antecipatório.

Daí a deflagração, pelo INSS, do incidente de cumprimento de sentença, por meio do qual pretende a devolução dos valores decorrentes da percepção indevida da benesse.

Historiados os fatos, verifico que, de fato, a percepção do benefício previdenciário decorreu da concessão de provimento antecipatório, cujos efeitos foram, posteriormente, cassados.

Não se olvida que a análise do tema relativo à devolução dos valores recebidos pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada, se encontrava suspensa na sistemática de apreciação de recurso especial repetitivo - em razão da Proposta de Revisão de Entendimento firmado em tese repetitiva relativa ao Tema 692/STJ - nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC.

No entanto, verifico que o C. Superior Tribunal de Justiça, a quem é dada a palavra final acerca da interpretação da legislação infraconstitucional, sufragou entendimento no sentido de ser cabível a devolução dos valores recebidos a título de benefício previdenciário (ou assistencial) por meio de tutela antecipada posteriormente revogada, por ocasião da reanálise da tese jurídica firmada no Tema nº 692 (REsp nº 1.401.560/MT), confirmada pela 1ª Seção (Petição nº 12.482/DF), com acréscimo de redação. O precedente restou assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. PROPOSTA DE REVISÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA REPETITIVO 692/STJ (RESP N. 1.401.560/MT). ART. 927, § 4º, DO CPC/2015. ARTS. 256-S, 256-T, 256-U E 256-V DO RISTJ. DEVOLUÇÃO DE VALORES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR POSTERIORMENTE REVOGADA. ADVENTO DE NOVA LEGISLAÇÃO. ART. 115, INC. II, DA LEI N. 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.846/2019. TEMA N. 799/STF (ARE 722.421/MG): POSSIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM JULGADA NO SENTIDO DA REAFIRMAÇÃO, COM AJUSTES REDACIONAIS, DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA REPETITIVO N. 692/STJ.

(...)

21. Questão de ordem julgada no sentido da reafirmação da tese jurídica, com acréscimo redacional para ajuste à nova legislação de regência, nos termos a seguir: “A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago”.

(Pet. nº 12.482/DF, Relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 24/05/2022).

Assim, o caráter alimentar dos benefícios previdenciários ou a boa-fé do segurado, por si só, não tornam irrepetíveis tais valores, sobretudo considerando que eles foram pagos em razão de decisão sabidamente precária e que poderia, portanto, ser cassada a qualquer tempo.

Sob outro aspecto, a repetibilidade dos valores recebidos pela parte autora por força de tutela de urgência somente pode ser vindicada pelo INSS nos próprios autos da ação em que foi concedida, após regular liquidação, não sendo admissível a execução fiscal ou o ajuizamento de nova ação de conhecimento para tal finalidade. É o que expressamente dispunha e dispõem os artigos 273, §3º combinado com o 475-O, I e II do CPC/73 e 297, parágrafo único combinado com o 302, I e parágrafo único e 520, I e II do CPC/15.

Para além, é o que também restou decidido na Ação Civil Pública autuada sob o nº 0005906-07.2012.4.03.6183, promovida pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, objetivando a condenação do INSS a abster-se da cobrança de valores referentes aos benefícios previdenciários ou assistenciais concedidos por meio de liminar, tutela antecipada e sentença, que foram revogadas ou reformadas por decisão judicial posterior. A decisão, proferida por esta E. Sétima Turma, restou assim ementada, *in verbis*:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SINDICATO. AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. PRELIMINARES REJEITADAS. LISTA DE SUBSTITUÍDOS. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.401.560/MT. AMPLITUDE. MEDIDAS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS. PRECARIEDADE. PROVISORIEDADE. REVERSIBILIDADE. ANÁLISE NOS PRÓPRIOS AUTOS E NO MESMO JUÍZO EM QUE REVOGADA/REFORMADA A DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR. PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL. ARTIGO 933, DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS. COISA JULGADA. ABRANGÊNCIA TERRITORIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MULTA DIÁRIA. (...)

6. O Recurso Especial nº 1.401.560/MT, decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos recursos repetitivos, consagrou a tese de que: "A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos". Não se encontra abrangida a hipótese de devolução de prestações de natureza assistencial.

7. A revogação da tutela antecipada, no CPC/73, ou das tutelas de urgência, nos termos do CPC/2015, com a consequente reposição de eventuais prejuízos sofridos pelo réu, é possível, e deve ser objeto de análise pelo próprio órgão judiciário que proferiu a decisão anterior, sob o risco de malferir-se o princípio do juízo natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal).

8. Ademais, mesmo nos casos em que a devolução não foi determinada expressamente, a cobrança é possível porque decorre de lei, e não depende de uma nova decisão judicial. Trata-se de efeito anexo da sentença.

9. A cobrança de valores pagos a maior na via administrativa, nos termos do art. 115 da Lei 8.213/91, pode ocorrer e não é objeto desta ação. A jurisprudência vem rechaçando o procedimento por vezes adotado pelo INSS no sentido de inscrever valores pagos a maior - no entender do Instituto - na dívida ativa da União, cobrando-os em execução fiscal. Isso já chegou a ser feito tanto para valores cobrados administrativamente como judicialmente, mas não foi aceito pelos Tribunais pátrios.

10. Os débitos decorrentes de decisões judiciais provisórias posteriormente revogadas, que são o objeto da lide, podem ser cobrados, como visto supra, mas não administrativamente pelo INSS. Precisam ser objeto de cobrança em juízo. Mas, não por meio de execução fiscal, nem por intermédio de uma nova ação de

conhecimento. Basta a liquidação do valor a ser reposto, com sua liquidação nos próprios autos em que tratada a questão de mérito.

11. Propor nova ação perante outro Juízo retira do Juiz da causa, por exemplo, a possibilidade de decidir se houve ou não má-fé ou boa-fé, se os valores, no caso concreto, devem ser devolvidos e como se deverá fazer essa devolução. Essas questões devem ser discutidas caso a caso, e são questões eminentemente processuais ligadas ao feito em que se debateu o mérito da causa. É também por isso que se veda a inscrição desses valores na dívida ativa e sua cobrança por execução fiscal: exige-se que haja discussão sobre o mérito da devolução. Somente o próprio Juízo que decidiu o mérito da ação poderá deliberar, no futuro, sobre as obrigações, decorrentes da lei ou da sentença, surgidas após o transido em julgado da decisão.

12. Inaplicabilidade do art. 933, do CPC/2015, visto não se tratar de fato superveniente à decisão recorrida ou matéria de ordem pública, mas apenas alteração da fundamentação utilizada para manutenção da sentença. Aplicação do brocardo da mihi factum, dabo tibi jus.

13. A abrangência territorial da coisa julgada restringe-se ao âmbito territorial da jurisdição deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de acordo com o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

14. Sem honorários de advogado, nos termos do art. 17, da Lei 7.347/95, e da sucumbência recíproca.

15. Multa diária. Redução para o patamar de R\$ 100,00 (cem reais).

16. Preliminares rejeitadas; recursos de apelação desprovidos e remessa oficial parcialmente provida. Prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao apelo do INSS.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1982555 - 0005906-07.2012.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/07/2017)

Acolhidos com efeitos infringentes, os Embargos de Declaração opostos contra a decisão acima referida, receberam a seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VERIFICAÇÃO PARCIAL DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. PROPÓSITO MERAMENTE MODIFICATIVO. PREQUESTIONAMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DEVOLUÇÃO. MEDIDAS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS. MÁ-FÉ. RECURSO DO INSS ACOLHIDO EM PARTE. EFEITOS INFRINGENTES. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. NÃO APLICAÇÃO DA RESTRIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 16 DA LEI Nº 7.347/85. RECURSO DO MPF ACOLHIDO. EFEITOS INFRINGENTES.

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. O INSS logrou demonstrar a existência de omissão apenas quanto a um dos pontos abordados no recurso, não logrando êxito quanto aos demais.

3. A insatisfação da parte com o resultado da decisão embargada não enseja a oposição de embargos de declaração.

4. Os embargos para fim de prequestionamento têm como pressuposto de admissibilidade a demonstração da ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.022 do CPC/15, não se fazendo necessária, para interposição de recursos aos Tribunais Superiores, alusão expressa a todos os dispositivos legais mencionados pelas partes.

5. É inviável a cobrança de valores quando se tratar de ação que verse sobre benefício assistencial, ressalvados os casos em que comprovada a prática de atos que configurem a má-fé do recebedor do benefício, hipótese em que tal constatação e eventual cobrança de valores deverão ser realizadas nos próprios autos do processo em que prolatadas as decisões de concessão e posterior revogação da tutela ou liminar, estando vedada a apuração e a cobrança pela via administrativa ou por nova ação judicial. Embargos de declaração do INSS acolhidos em parte.
6. Ante a alteração da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que viabiliza a interpretação alcançada nesta decisão, e tendo em vista os limites objetivos e subjetivos do acórdão embargado, tem-se que seus efeitos e eficácia alcançam o território nacional, sendo indevida a restrição aos lindes geográficos decorrentes da competência territorial do órgão prolator, não incidindo o artigo 16 da Lei nº 7.347/85. Julgados do Superior Tribunal de Justiça: Embargos de Divergência em REsp nº 1.134.957/SP e REsp Repetitivo nº 1.243.887/PR (representativo de controvérsia). Embargos de declaração do MPF acolhidos.
7. Embargos de declaração do INSS acolhidos, em parte, com efeitos infringentes. Embargos de declaração do MPF acolhidos com efeitos infringentes.”
(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1982555 - 0005906-07.2012.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 30/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2018)

Dessa forma, assentada a necessidade de devolução, pelo beneficiário, do montante recebido em decorrência de provimento antecipatório posteriormente revogado, há que se considerar a via utilizada na efetivação da cobrança, a qual deve corresponder, necessariamente, à liquidação do débito nos próprios autos da ação concessiva da tutela ou liminar, facultado o desconto de até 30% (trinta por cento) em eventual benefício em manutenção percebido pela devedora.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação interposta pelo INSS, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de Origem, para regular prosseguimento da execução.

É como voto.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5000024-59.2021.4.03.9999

Parte Autora: A. F. B.

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 09/06/2022

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

I - A manifestação do Ministério Público Federal em sede recursal não supre a ausência de sua intervenção em primeira instância, uma vez evidente, in casu, que a defesa da parte autora não foi plenamente exercida no Juízo a quo, restando evidenciado o prejuízo.

II - Preliminar arguida pelo Ministério Público Federal acolhida. Declarada a nulidade da sentença, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular instrução do feito, com a devida oitiva do Ministério Público, e novo julgamento. Prejudicada a apreciação de remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar arguida pelo Ministério Público Federal para declarar a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular instrução do feito, com devida oitiva do Ministério Público, e novo julgamento, restando prejudicado a apreciação da remessa oficial, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfírio e a Des. Fed. Leila Paiva ressalvaram seus entendimentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de remessa oficial de sentença que julgou procedente o pedido para condenar o réu a conceder à autora o benefício da prestação continuada, correspondente a 01 (um) salário mínimo mensal, a partir do indeferimento administrativo (04.02.2015). As prestações atrasadas deverão ser pagas com juros de mora e correção monetária na forma da Lei 11.960/09. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as prestações vincendas. Não houve condenação em custas. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para implantação do benefício, sem cominação de multa.

A implantação do benefício foi noticiada nos autos.

O i. representante do Ministério Público Federal opinou, preliminarmente, pela nulidade do feito ante a ausência de sua intervenção em primeira instância, e no mérito, pelo provimento do recurso de apelação interposto pelo réu.

É o relatório.

VOTO

Da preliminar

Com a presente ação, a parte autora busca a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição da República, sustentando ser portadora de deficiência e não possuir meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A Lei 8.742/1993 - Estatuto da Assistência Social - que veio disciplinar o supracitado dispositivo constitucional, dispõe em seu artigo 31:

Art. 31. Cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos nesta lei.

Compulsando os autos, porém, verifico que o Ministério Público não foi intimado para acompanhar o feito na instância inferior. Há, então, que se observar o disposto no artigo 279 do CPC/2015:

Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

§1º. Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

§2º. A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

Assim, tenho que a manifestação do Ministério Público Federal em sede recursal não supre a ausência de sua *intervenção* em primeira instância, uma vez evidente, in casu, que a defesa da parte autora não foi plenamente exercida no Juízo a quo. Confirma-se nesse sentido os seguintes precedentes emanados desta Colenda Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO- ART. 246 DO CPC - PRELIMINAR ARGÜIDA PELO MPF - RECURSO PREJUDICADO - SENTENÇA ANULADA.

1. Nos termos da Lei 8742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e sobre o benefício de prestação continuada, "cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos nesta Lei" (art. 31).

2. A ausência de manifestação do Ministério Público nos casos em que é obrigatória a sua intervenção enseja a nulidade do processo a partir do momento em que devia ser intimado (art. 246 do CPC).

3. Acolhida preliminar argüida pelo MPF, para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem, para que se dê prosseguimento ao feito, com a intimação do Ministério Público para acompanhar o processo.

4. Recurso prejudicado.

(TRF 3º REGIÃO, Relatora Desembargadora Ramza Tartuce AC 763191 DJ 28/05/2002, DJU 25/02/2003, p. 505).

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NO FEITO. ARTIGO 31, DA LEI N.º 8.742/93. NULIDADE.

I- É essencial a intimação do Ministério Público para manifestar-se nas ações visando a concessão do benefício previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal. Inteligência do art. 31, da Lei n.º 8.742/93.

II- A não intimação do Representante do Parquet, em desatenção ao comando legal expresso, implica a nulidade de todos os atos processuais, desde o momento em que se fizesse necessária a sua intervenção.

III- Sentença anulada ex officio. Apelação prejudicada.

(TRF 3º REGIÃO, Relator Desembargador Newton de Lucca AC 868997 DJ 18/08/2003, DJU 03/09/2003, p. 326).

Diante do exposto, *acolho a preliminar arguida pelo Ministério Público Federal* para declarar a *nulidade* da sentença monocrática, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular instrução do feito, com devida oitiva do Ministério Público, e novo julgamento, restando prejudicado a apreciação da remessa oficial

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5004971-83.2021.4.03.0000

Agravante: EDSON GIROTO, LUIZ CANDIDO ESCOBAR

Agravado: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECONHECIDA. RECEBIMENTO DA INICIAL. ALTERAÇÕES DA LIA PRO-MOVIDA PELA LEI Nº 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA. REGRAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. POSSIBILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. PROVAS MÍNIMAS DA PRÁTICA DOS ATOS ÍMPROBOS E DA CONDUTA DOLOSA. RAZÕES FUNDAMENTADAS. COMPROVAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXIGÊNCIA DE ÍNDICIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- No caso concreto, não se trata de recurso incorporado ao patrimônio estadual, mas de verba transferida pela União, vinculada a uma finalidade estipulada pelo órgão federal, sujeita à fiscalização e prestação de contas à administração pública federal e à restituição dos recursos não utilizados ou empregados em desacordo com o contrato de repasse. Desse modo, como os recursos repassados têm origem federal, foram transferidos por força de contrato de repasse, são controlados e fiscalizados pela União e sujeitos à devolução, fica evidenciado o interesse processual do ente federal e a competência da Justiça Federal. Nesse sentido, o enunciado 208 da Súmula 208 do STJ: "*Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*". (SÚMULA 208, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/1998, DJ 03/06/1998, p. 68). A presença do Ministério Público Federal como autor da ação também atrai, regra geral, a competência da Justiça Federal. Precedentes.

- O recebimento da inicial foi analisado sob a égide da Lei nº 8.429/92, na redação anterior à dada pela Lei nº 14.230/2021. Vigorava o entendimento de que a prova definitiva da conduta ímproba (artigos 9º, 10 e 11 da LIA) não era condição necessária para o recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa. Bastavam indícios verossímeis de sua ocorrência no plano material e de autoria (Lei nº 8.429/1992, artigo 17, § 6º), os quais poderiam ser confirmados ou desqualificados no transcorrer da instrução probatória, a qual tinham, obviamente, a finalidade de apresentação de provas e o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a verificação da existência dos elementos subjetivos (dolo, má-

-fé e culpa). Destaca-se, ademais, que na fase inicial da ação de improbidade vigorava o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de preservar o interesse público. Para a configuração do ato ímprobo, considerava-se desnecessário que o réu tenha tivesse obtido proveito com suas ações, pois o prejuízo ao erário, por si só, era suficiente. Precedentes.

- De acordo com a nova redação do artigo 17, *caput* e § 6º, da LIA, a ação de improbidade deve seguir o procedimento comum, previsto no CPC, e a inicial individualizar a conduta de cada réu, apontar as provas mínimas que demonstrem a prática dos atos ímprobos, bem como ser instruída com documentos que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou exposição das razões fundamentadas da impossibilidade de sua apresentação.

- Para que a exordial seja recebida deve ser comprovada a justa causa para o ajuizamento por meio de elementos concretos que demonstrem a existência de indícios suficientes acerca da autoria (responsabilidade do agente) e materialidade da conduta desonesta. O § 6-B do artigo 17 prevê que a inicial será rejeitada quando for inepta, a parte manifestamente ilegítima, o autor carecer de interesse processual, não forem atendidas as determinações de suprimimento da omissão (artigo 106 CPC) ou emenda da exordial (artigo 321 CPC), não estiverem preenchidos os requisitos previstos no § 6º ou quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

- A Lei nº 14.230/2021 suprimiu o ato de recebimento da inicial e passou a estabelecer que se a exordial estiver em termos, o juiz ordenará a citação do requerido para contestar a ação.

- Relativamente à retroatividade da Lei nº 14.230/2021, parte da doutrina e jurisprudência tem se posicionado pela sua aplicação imediata e retroativa aos processos em andamento, desde que para beneficiar o réu (artigo 5º, inciso XL, da CF), ao fundamento de que o artigo 1º, § 4º, da lei determina a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo sancionador ao sistema da improbidade, entre os quais se destaca o princípio da retroatividade da lei mais benéfica. A retroação das normas sancionatórias mais benéficas tem sido reconhecida pelos Tribunais Superiores. Precedentes.

- Acerca da retroatividade da Lei nº 14.230/2021, Marçal. Justen Filho faz a seguinte análise: "(...) para evitar qualquer controvérsia, o art. 5º, inc. XL, da CF/88 determina que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Embora a redação se refira à 'lei penal', é evidente que essa garantia se aplica a qualquer norma de natureza punitiva. Não existe alguma característica diferenciada da lei penal que propiciasse a retroatividade da lei punitiva não penal. Assim se impõe em vista da própria garantia constitucional. Deve-se compreender que o legislador reputou que a solução prevista na lei pretérita era excessiva. O entendimento consagrado na legislação superveniente alcança as infrações pretéritas" (Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 250-251). Precedentes.

- A inicial da ação originária descreve e individualiza com clareza as condutas atribuídas ao agravante Edson e a imputação legal e indica os elementos concretos e provas que demonstram a existência de indícios suficientes acerca da autoria e materialidade dos atos ímprobos. O Relatório de Fiscalização da CGU, os laudos e relatórios elaborados pelo Polícia Federal, as declarações prestadas pela ex-companheira do proprietário da empresa PROTECO, os telefonemas interceptados legalmente pela Polícia Federal e os documentos assinados pelo recorrente, anexados aos autos, apresentam indicativos da veracidade dos fatos e do dolo do agravante, como exigido pelo artigo 17, § 6º, da LIA.
- O artigo 1º, § 2º, da LIA, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, exige a comprovação do dolo específico, consubstanciado na: *"vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente"* e deve estar eivado de má-fé, elemento considerado essencial. Desse modo, o ato de improbidade considerado doloso depende da consciência da ilicitude por parte do agente e do desejo de praticar o ato, ou seja, da vontade explícita e clara de lesar os cofres públicos. Caracteriza-se como ato intencional, consciente, eivado de má-fé e praticado com vontade livre e deliberada de lesar o erário, o que não se confunde com atitudes negligentes, desleixadas e imprudentes ou executadas sem cuidado ou cautela. Nesse sentido, consoante entendimento jurisprudencial, não configura dolo o comportamento negligente ou irregularidades administrativas, sem a comprovação da má-fé do acusado. Precedentes.
- Não está evidenciado o dolo, má-fé ou erro intencional do recorrente ou que tenha se beneficiado do suposto redirecionamento do resultado da licitação, o que afasta a caracterização do ato de improbidade, como prevê o § 1º do artigo 17-C da LIA, segundo o qual: *"A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade"*. Os atos praticados podem configurar a conduta negligente e culposa e evidenciar a existência de irregularidades administrativas, mas não autorizam a aplicação da LIA.. Precedentes.
- Acrescenta-se que o § 3º do artigo 1º da LIA exclui de responsabilização: *"O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa"*. A jurisprudência, anterior às alterações legislativas, já reconhecia que a lei de improbidade não tem como finalidade a punição do inábil, mas do desonesto, corrupto e daquele que age com má fé. Precedentes.
- Agravo de instrumento provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu DAR PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de

instrumento, para rejeitar a inicial com relação ao agravante Luiz Cândido Escobar, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Juiz Fed. Convocado RAPHAEL DE OLIVEIRA. O Juiz Fed. RAPHAEL DE OLIVEIRA (convocado no gabinete do Des. Fed. MAIRAN MAIA, da Sexta Turma), participou da sessão para compor quórum. Ausentes, justificadamente, a Des. Fed. MARLI FERREIRA e a Des. Fed. MÔNICA NOBRE, por motivo de férias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por EDSON GIROTO e LUIZ CANDIDO ESCOBAR (Id. 154355793) contra decisão que, em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, foi proferida nos seguintes termos (Id. 154355793 do feito originário):

“1. Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva em relação aos requeridos ANDRÉ PUCCINELLI e MARIA WILMA CASANOVA ROSA e rejeito a inicial em relação a eles;
2. Não demonstrada qualquer das hipóteses previstas no artigo 17, § 8º da Lei 8.429/92, recebo a petição inicial em relação aos réus contra *EDSON GIROTO, HÉLIO YUDI KOMIYAMA, EDMIR FONSECA RODRIGUES, LUIZ CÂNDIDO ESCOBAR, JOÃO ALBERTO KRAMPE AMORIM DOS SANTOS, ELZA CRISTINA ARAUJO DOS SANTOS, PROTECO CONSTRUÇÕES LTDA e MOVITERRA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA*;
3. Oportunamente, retifique-se a autuação para excluir os requeridos ANDRÉ PUCCINELLI e MARIA WILMA CASANOVA ROSA do polo passivo, bem como a UNIÃO da condição de terceira interessada, pois, intimada sobre seu interesse em intervir no processo, não se manifestou como certificado via sistema em 30.10.2019.
Intimem-se. Citem-se”.

Sustentam, em síntese, que:

- 1) a competência para julgamento da ação é da Justiça estadual, uma vez que:
 - 1.1) a União não faz parte da ação, o que denota a sua falta de interesse e enseja a aplicação da Súmula 209 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que na definição da competência é irrelevante a natureza da controvérsia e devem ser consideradas as pessoas envolvidas na relação processual.
 - 1.2) o repasse dos recursos federais (via financiamento) para pagamento dos contratos relativos à obra já havia se efetivado e foi consolidada a transferência dos recursos para o patrimônio do Estado, ou seja, os recursos repassados ao Estado de Mato Grosso do Sul, por meio do referido contrato, foram incorporados ao patrimônio estadual.
 - 1.3) ocorreu a homologação da prestação de contas pela Caixa Econômica Federal e consta no documento Id. 23681540 que a obra foi concluída.
 - 1.4) é verificada a incorporação ao patrimônio do ente federado de verba repassada pelo convênio com o governo federal quando não há a obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União acerca da sua aplicação.

1.5) a União somente tem interesse processual quando a verba repassada ao ente federado não foi integrada ao seu patrimônio e quando devidamente aprovada e homologada por quem tinha o maior interesse na apuração de eventuais irregularidades, em momento anterior à propositura da presente ação.

1.6) como se trata de verba federal repassada ao Estado e integrada ao seu patrimônio, a competência para processar e julgar a presente ação é da Justiça Estadual

2) a inicial não apresenta os elementos necessários para o seu recebimento e padece de justa causa que autorize o processamento do agravante Edson Giroto por atos de improbidade administrativa pelas seguintes razões:

2.1) é imputada a prática de ato de improbidade administrativa pelo MPF apenas em razão da sua atuação na Concorrência 89/2008, em que assinou o termo de distrato, pois à época da licitação sequer fazia parte da administração estadual, uma vez que foi secretário de estado de obras públicas no período compreendido entre o ano de 2007 e abril de 2010.

2.2) coube ao agravante assinar o distrato em 18/01/2010, após o parecer jurídico opinativo exarado pelo procurador Edmir Fonseca Rodrigues, pois era a autoridade competente para tanto.

2.3) não pode ser responsabilizado por eventual irregularidade no distrato que assinou, pois era precedido de parecer jurídico que lhe dava suporte.

2.4) a irregularidade apontada pela CGU sobre o distrato seria a ausência de fundamentação legal, entretanto o termo foi assinado após análise jurídica da Procuradoria da AGESUL e o agravante tem como formação profissional a engenharia civil e não detém conhecimento técnico jurídico para analisar se os procedimentos careciam de fundamentação.

2.5) a pretensão inicial sustenta-se em suposições, em razão do cargo que o agravante exercia, mas busca a sua condenação por ato de improbidade administrativa com base em responsabilização objetiva.

2.6) não cabia ao agravante, no exercício da função pública, a elaboração de editais de concorrência pública e a escolha de licitantes.

2.7) embora seja acusado de compor organização destinada a cometer ilícitos contra a administração pública e incluído em um nominado "núcleo político", não há demonstração de qualquer conluio entre o agravante e os demais acusados.

2.8) a atuação do agravante na contratação relativa à obra se deu em razão do cargo que exercia, todo o processo, nas duas concorrências públicas, foi acompanhado pelo corpo técnico da AGESUL e assinou os documentos, peculiares em razão do cargo, após a análise quanto à legalidade e regularidade pelo então procurador Edmir Fonseca Rodrigues exarada em parecer jurídico, conforme determinação feita pelo artigo 2º, inciso II, Lei nº 3.151/05.

2.9) em qualquer das condutas descritas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 deve existir lesão ao patrimônio material ou imaterial da administração pública, até mesmo no que concerne à violação dos deveres da honestidade e lealdade das instituições e não é possível a presunção do dolo, necessário para a tipificação da conduta descrita no artigo 9º e responsabilização objetiva.

2.10) ao receber a inicial o magistrado afirma que o agravante assinou outros documentos e não apenas o distrato e faz referências à documentação relativa à segunda concorrência, contudo não há imputação de conduta ímproba com relação ao segundo certame, mas apenas em relação ao primeiro (89/2008-CLO). Assim, não há que se falar em responsabilização pelo segundo.

3) não há motivo para o recebimento da ação contra Luiz Cândido Escobar, uma vez que:

3.1) o agravante elaborou o edital do procedimento administrativo do processo licitatório CC 017/2009, como o fez em todos os processos licitatórios realizados pela AGESUL à época, por se tratar de atribuição própria do cargo de Coordenador de Licitações.

3.2) a elaboração do edital de abertura do processo foi precedida de estudos da área técnica e jurídica da AGESUL, de acordo com o processo administrativo 19/101485/2009, como ocorreu em todos os demais procedimentos de licitação, e o parecer jurídico acerca da minuta do edital e contrato, subscrito pelo procurador jurídico da AGESUL (Parecer/Agessul/PJUR/WCP nº 296-A/2009), foi favorável ao prosseguimento do processo administrativo e publicação do edital.

3.3) à vista da existência de parecer jurídico em procedimentos licitatórios, que atesta a legalidade dos atos, não cabe ao agente público, notadamente aquele sem formação jurídica, praticar ato contrário à recomendação do corpo jurídico do órgão, por dedução de irregularidade, sob pena de incorrer em ato de improbidade administrativa.

3.4) as imputações ao agravante decorrem de mera suposição do MPF, pois sequer descreve qualquer conduta específica no sentido de fazer constar no edital exigências que pudessem frustrar a competitividade do certame para favorecer a empresa vencedora da concorrência e apenas presume a prática do ato ímprobo, sem a presença do dolo, o que é suficiente para a rejeição da inicial.

3.5) na defesa preliminar foi demonstrada a ausência de ilegalidades no edital, o que não foi devidamente valorado pelo magistrado.

3.6) não se pode afirmar que a exigência de atestados de visitas técnicas realizada em dias e horários previamente estabelecidos nos respectivos editais tenha afastado competidores do certame, uma vez que nenhuma impugnação foi feita ao instrumento convocatório.

3.7) vários licitantes participaram do certame, o que demonstra que nenhum encontrou qualquer dificuldade em participar da licitação em questão por conta dessa ou de qualquer outra cláusula editalícia.

3.8) a exigência de atestado de visita técnica, como condição habilitatória ao certame, ao contrário do contido na denúncia, é legal e está prevista no artigo 30, inciso III, da lei de regência, é a única forma de oferecer ao interessado o complemento das informações editalícias, para que, posteriormente, não alegue ignorância quanto às dificuldades na apresentação da proposta, que poderão trazer-lhe prejuízo na execução contratual, é de interesse dos próprios licitantes (e jamais houve reclamações), que podem aferir se os serviços que constam no projeto básico e planilhas de orçamento fornecida com o edital são compatíveis com o local da obra e sua complexidade e é fundamental para que

as empresas façam juízo de valor acerca de seu real e efetivo interesse em participar do certame.

3.9) *"não se mostra desarrazada, muito menos ilegal, a exigência editalícia da visita técnica, pois, inconcebível, no plano prático da rotina da obra, que qualquer engenheiro pudesse realizar esta importante tarefa e, depois, não manter contato com a empresa no decorrer da obra. (...) está inserida no contexto da discricionariedade do gestor (e, por isso, descabe a quem examina e aprova o edital imiscuir-se) a exigência uniforme a todos os licitantes de que a visita técnica seja realizada por engenheiro dos quadros da empresa, pois é, segundo a Lei de Licitações, o profissional capacitado para conhecer, analisar e ponderar sobre todas as dificuldades inerentes à obra".*

3.10) a exigência, por si só, é incapaz de ensejar qualquer tipo de restrição de competitividade e redirecionamento, pois as empreiteiras que se habilitam para obras desse porte têm estrutura condizente, com dezenas de engenheiros em seus quadros funcionais, e o envio de qualquer profissional para vistoriar a obra é uma medida simples. Ademais, não há que se falar em ônus excessivo, pois o custo com o envio de um engenheiro pertencente aos seus quadros ou fora deles é o mesmo.

3.11) a exigência de comprovação do recolhimento de garantia de participação junto à coordenadoria de licitações tem respaldo legal (artigo 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93) e não dava ensejo a um conhecimento prévio das empresas interessadas, pois a documentação era atinente apenas à comissão de licitações, que mantinha o sigilo.

3.12) a norma jurídica demonstra o interesse do gestor público em não aceitar "aventureiros" e prevenir a participação de empresas que não conseguirão cumprir o contrato.

3.13) *"não há que se alegar que devida medida possibilitaria um "conluio" entre empresas, para apresentação de propostas, visto que, em sendo a licitação um ato público, tal medida pouco auxiliaria na formação da animosidade ilícita do possível agente".*

3.14) o capital social para habilitação era exigido somente das empresas que não haviam atingido os índices contábeis necessários à participação no certame e admitido pela jurisprudência do próprio TCU e assim não afetou a competitividade.

3.15) *"a exigência secundária (caso não preenchido o primeiro requisito), ao tempo da publicação dos atos fazia total sentido, posto a jurisprudência próxima à época (2008)".*

3.16) a exigência era razoável, considerado o posicionamento do ente máximo administrativo à época, não era cumulativa, mas alternativa e subsidiária ao não preenchimento dos requisitos primários (índices contábeis) para habilitação no certame, e não houve qualquer intenção obscura de direcionamento licitatório.

3.17) a cláusula que determinava um prazo mínimo de vínculo do servidor com a empresa tinha como finalidade evitar que a contratante viesse a empregar profissional técnico incapaz de desenvolver a obra, não prejudicava ou burlava o artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93 e constava na Decisão 216/2001 do CREA/MS, que foi utilizada como baliza para as exigências do Item 5.3.1.1 do edital e

revogada apenas em 10/08/2011. Era uma exigência da entidade de classe, vigente no momento da contratação, o que tornava plausível a previsão no edital, exigia o seu cumprimento por parte dos que desejassem executar obras no Estado e retira qualquer dolo na conduta do agente elaborador do certame.

3.18) a exigência de visto do CREA/MS nas certidões apresentadas pelas licitantes sediadas em outras unidades da federação era plausível frente às exigências previstas para o exercício da profissão de engenharia, não configurava ato restritivo a competitividade do certame e tinha previsão legal (artigo 58 Lei 5.194/66). Ademais, *"se a empresa licitante estará obrigada a obter o visto junto ao Conselho Regional do local onde serão executadas as obras, nada mais plausível é exigir-se a comprovação do mesmo, sendo que, ao contrário disso estaria exercendo irregularmente a profissão"*.

3.19) a comprovação da taxa de recolhimento para fornecimento de edital não era restritiva, se coaduna com o previsto no artigo 32, § 5º, da Lei 8.666/93 e tinha como objetivo comprovar que o possível contratante tinha tomado ciência de todos os termos exigidos no edital.

3.20) não havia impedimento para a alteração do Item 2.4 do Edital da CC 017/2009, para permitir a participação de empresas em consórcio, independentemente da forma de constituição, desde que supridas as exigências do artigo 33 da Lei nº 8.666/93, pois trouxe maior competitividade ao certame, sobretudo por se tratar de uma obra tão complexa, e evitou problemas posteriores, como a restrição à competitividade. A modificação não foi mal intencionada, não buscou direcionar a licitação a uma empresa específica ou diminuiu a competitividade entre as licitantes que quiseram participar de maneira individual. Ademais, era obrigatório permitir a participação de consórcios, segundo a jurisprudência, e a inobservância poderia trazer uma possível restrição ao caráter competitivo da licitação.

Requer o provimento do recurso, para que seja reformado o *decisum* e assim reconhecida a incompetência da Justiça Federal e, caso superado, rejeitada a inicial em relação aos agravantes.

Em resposta, o agravado requer seja negado provimento ao agravo de instrumento (Id. 158220244).

O Procurador Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso (Id. 255002800).

É o relatório.

VOTO

Agravo de instrumento interposto por EDSON GIROTO e LUIZ CANDIDO ESCOBAR contra decisão que rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Federal e recebeu a inicial.

I – DOS FATOS E PROCESSAMENTO

Trata-se na origem de ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, com pedido de liminar, movida pelo Ministério Público Federal contra ANDRÉ PUCCINELLI, EDSON GIROTO, MARIA WILMA CASANOVA ROSA, HÉLIO

YUDI KOMIYAMA, EDMIR FONSECA RODRIGUES, LUIZ CÂNDIDO ESCOBAR, FAUSTO CARNEIRO DA COSTA FILHO, WILSON ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA (BETO MARIANO), MARCOS TADEU ENCISO PUGA, MARA REGINA BERTAGNOLLI DE GONÇALVES, JOÃO ALBERTO KRAMPE AMORIM DOS SANTOS (JOÃO AMORIM), ELZA CRISTINA ARAUJO DOS SANTOS, RÔMULO TADEU MENOSSI, PROTECO CONSTRUÇÕES LTDA. e MP ENGENHARIA LTDA., em que foi atribuída a prática de atos de improbidade administrativa, enquadrados artigo 9º, *caput* e inciso XI, da Lei nº 8.429/92 e ligados aos crimes de *"fraude à legalidade e ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios, peculato, fraude para a obtenção de financiamento em instituição financeira oficial, fraude na aplicação desses recursos, corrupção passiva e organização criminosa"*, objeto da Ação Penal nº 0008855-92.2017.4.03.6000, que causaram prejuízo ao erário no valor de R\$ 601.383.322,49. Requer a condenação dos demandados às penas previstas no artigo 12, inciso I, da LIA, em especial: *"perda de bens e valores, ressarcimento dos danos infringidos ao erário e pagamento de multa civil – em conformidade com o acima indicado (tópico 5 do capítulo anterior), com valores a serem atualizados na data do pagamento pela taxa Selic – perda da função pública e suspensão dos direitos políticos"* e *"ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, valores estes a serem revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), previsto nos artigos 13 e 20 da Lei n. 7.347/1985 e regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994"* (Id. 8240867 do feito principal).

O magistrado determinou o: *"desmembramento do processo de forma que neste processo serão apurados os fatos relacionados às obras de saneamento integrado na Avenida Lúdio Coelho e a Rua Antônio Bandeira"* e a inclusão na ação da empresa MOVITERRA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA, CNPJ n. 56.917.495/0001-72 (Id. 18037204 do feito originário). Assim, o polo passivo passou a ser composto apenas pelos acusados ANDRÉ PUCCINELLI, EDSO GIRONTO, MARIA WILMA CASANOVA ROSA, HÉLIO YUDI KOMIYAMA, EDMIR FONSECA RODRIGUES, LUIZ CÂNDIDO ESCOBAR, JOÃO ALBERTO KRAMPE AMORIM DOS SANTOS, ELZA CRISTINA ARAUJO DOS SANTOS, PROTECO CONSTRUÇÕES LTDA.

A liminar foi deferida parcialmente para: *"decretar a indisponibilidade dos bens descritos na inicial, respeitados os direitos reais neles incidentes e os valores acima fixados, determinar o bloqueio de numerário em contas correntes, via BACENJUD, e requisitar/solicitar as informações alinhadas nos 2.1, 2.2 e 2.3 da petição inicial"*. A mesma decisão determinou a intimação da União para manifestar interesse no feito, conforme artigo 17, § 3, Lei n. 8.429/1992 (Id. 18527623 do feito principal).

Os agravantes apresentaram defesa prévia (Id. 24082101 do feito principal) e sobreveio decisão que recebeu a inicial em relação aos recorrentes (Id. 42856226 dos autos originários), ora impugnada.

II - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A decisão agravada reconheceu a competência da Justiça Federal ao fundamento de que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que:

"a ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição Federal (...). Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência par a causa é da Justiça Federal (REsp 440.002 – SE, Rel. Ministro Teori Albino

Zavaski, DJ 06.12.2004). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é na mesma linha, podendo ser citado o AgRegRE 822.816-DF, da relatoria do Ministro Teori Zavascki (DJ 08.03.2016). Nos citados precedentes e em inúmeros outros os tribunais superiores têm ensinado que a simples presença do MPF no polo ativo de ACPs é o suficiente para a fixação da competência da Justiça Federal. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso basta o Ministério Público Federal ajuizar a ação para que seja reconhecida a competência da Justiça Federal (RE 840.002 – RJ, j. 31/05/2016)”.

Para os agravantes, a competência para julgamento da ação é da Justiça estadual, porquanto a União não faz parte da ação, o que denota a falta de interesse do ente federal, os recursos repassados foram incorporados ao patrimônio estadual e ocorreu a homologação da prestação de contas pela Caixa Econômica Federal.

Extraí-se da inicial que a presente ação tem como objeto os mesmos fatos apurados na Ação Penal nº. 0008855-92.2017.4.03.6000, que tramita na 3ª Vara Federal em Campo Grande, em que os acusados respondem pela prática dos crimes de fraude à legalidade e ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios, peculato, fraude para a obtenção de financiamento em instituição financeira oficial, fraude na aplicação desses recursos, corrupção passiva e organização criminosa, descobertos por meio de investigações da denominada Operação Lama Asfáltica, trabalho conjunto da Polícia Federal, Controladoria-Geral da União e Receita Federal do Brasil e apurados no Inquérito Policial nº. 0516/2016-SR/PF/MS.

Os recursos orçamentários, para execução de urbanização de favelas no Município de Campo Grande/MS, no valor de R\$ 13.889.893,90, foram transferidos pela União por intermédio do Ministério das Cidades, representada pela Caixa Econômica Federal, conforme Contrato de Repasse nº 0226.003-02/2007/MCIDADES/CAIXA (Id. 8331694 do feito originário).

De acordo com a cláusula 3.1 do contrato de repasse, a União tinha como obrigações, entre outras, manter o acompanhamento da execução do empreendimento, atestar a aquisição de bens constantes do plano de trabalho pelo Estado, receber e analisar as prestações de contas encaminhadas pelo Estado, nos termos estabelecidos na cláusula décima segunda. Por sua vez, competia ao Estado manter conta bancária vinculada ao contrato em agência da CEF, restituir o saldo dos recursos não utilizados e prestar contas à União dos recursos transferidos, inclusive dos rendimentos provenientes das aplicações financeiras legalmente autorizadas (cláusula 3.2, itens c, d e f). A cláusula 4.4 prevê que a movimentação financeira deveria ser efetuada, obrigatoriamente, nas contas vinculadas ao contrato e a cláusula 8.5 que eventuais saldos financeiros verificados quando da conclusão da obra, denúncia, rescisão ou extinção do contrato de repasse, inclusive provenientes das receitas obtidas em aplicações financeiras, deveriam ser restituídos à União Federal no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento e que todos os valores transferidos deveriam ser devolvidos, acrescidos de juros legais e atualizados monetariamente, nos casos em que o objeto pactuado não fosse executado, a prestação de contas não fosse apresentada, no prazo regulamentar, os recursos fossem empregados em finalidade diversa da estabelecida e os valores resultantes de aplicações financeiras fossem utilizados em desacordo com o estabelecido. O

item 8.5.4 da cláusula oitava determina que, se não houvesse recursos suficientes para restituição completa, deveria ser instaurada a imediata tomada de contas especial pela União. A cláusula décima confere à União a prerrogativa promover a fiscalização físico-financeira das atividades referentes ao contrato de repasse e a faculdade de assumir ou transferir a responsabilidade da execução da obra/serviço, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, ocasião em que o Estado deveria restituir à União os recursos liberados atualizados. A cláusula décima quarta prevê que os serviços de auditoria são realizados pelos órgãos de controle interno e externo da União, sem prejuízo da competência dos órgãos de controle do Estado.

Diferentemente do alegado, não se trata de recurso incorporado ao patrimônio estadual, mas de verba transferida pela União, vinculada a uma finalidade estipulada pelo órgão federal, sujeita à fiscalização e prestação de contas à administração pública federal e à restituição dos recursos não utilizados ou empregados em desacordo com o contrato de repasse. Desse modo, como os recursos repassados têm origem federal, foram transferidos por força de contrato de repasse, são controlados e fiscalizados pela União e sujeitos à devolução, fica evidenciado o interesse processual do ente federal e a competência da Justiça Federal. Nesse sentido, o enunciado 208 da Súmula 208 do STJ: *"Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal"*. (SÚMULA 208, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/1998, DJ 03/06/1998, p. 68). Destacam-se os demais precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FRAUDE À LICITAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. DESVIO DE VERBA PÚBLICA PROVENIENTE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. SÚMULA 150/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O entendimento do acórdão recorrido não destoa da jurisprudência do STJ e do STF, no sentido da competência da Justiça Federal nos casos de desvio de recursos repassados pela União, como no caso, no qual se apura a realização de desvios de recursos do SUS, recebidos do Ministério da Saúde, por meio do Fundo Nacional de Saúde, os quais são fiscalizados pelo TCU.

2. Estando a decisão recorrida em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso especial.

3. A questão referente à incidência da Súmula 150/STJ foi suscitada apenas neste agravo regimental, caracterizando-se como indevida inovação recursal.

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 1733014/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

PROCESSUAL PENAL. RECURSOS PROVENIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). INCORPORAÇÃO DA VERBA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. IRRELEVÂNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. "OPERAÇÃO GRABATO". OMISSÃO E OBSCURIDADE. TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ANÁLISE EXAURIENTE DO TEMA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. 2. EMPENHO DE VERBA DA UNIÃO. UTILIZAÇÃO DE VALORES DA UNIÃO. IRRE-

LEVÂNCIA DA PORCENTAGEM. COMPETÊNCIA FEDERAL. 3. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O MÉRITO. NÃO CABIMENTO DE ACLARATÓRIOS. 4. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A teoria do juízo aparente foi detidamente analisada, concluindo-se, no entanto, por meio da simples leitura de decisão que decretou a busca e apreensão, sem necessidade de revolvimento de fatos e provas, que já era do conhecimento do Juízo que proferiu a decisão que os fatos investigados envolviam verbas da União, solicitando-se a participação de técnicos da CGU não apenas em razão do conhecimento técnico, mas também para “compartilhamento do que vier a ser apurado em ambas as esferas (administrativa e penal)”. Logo, não há se falar em omissão nem em obscuridade no tratamento dado à teoria do juízo aparente.

- Não há dúvidas a respeito da competência da Justiça Federal para processar e julgar os processos relativos ao desvio de verbas da saúde repassadas pela União, haja vista o dever do governo Federal de supervisionar essas verbas. “Nesses casos, segundo a jurisprudência assente neste Superior Tribunal de Justiça, sobressai o interesse direto da União - tanto que há prestação de contas perante o TCU e fiscalização pelo Executivo Federal -, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar tais feitos” (RHC 111.715/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 10/10/2019).

2. Tanto o empenho de apenas 0,001% da despesa total quanto a utilização efetiva de 10% de valores repassados pela União, dados anunciados em nota pública do Ministério Público local, referentes a um dos contratos em investigação, já são aptos a atrair a competência da Justiça Federal. De fato, a competência federal na esfera penal está disposta no inciso IV do art. 109 da CF e depende da prática de infrações penais em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Nesse contexto, havendo verbas federais e distritais, é assente a prevalência da competência da Justiça Federal, conforme se depreende, inclusive, pela leitura do enunciado n. 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

- Esta Corte Superior consolidou entendimento de que, por estarem sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo Federal, bem como do Tribunal de Contas da União, as verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde - inclusive na modalidade de transferência “fundo a fundo” - ostentam interesse da União em sua aplicação e destinação. Eventual desvio atrai a competência da Justiça Federal para conhecer da matéria, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal. Precedentes do STJ. Na mesma linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ARE n.1.015.386 AgR, Relator(a): Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/9/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 27/9/2018 PUBLIC 28/9/2018; ARE n. 1.136.510 AgR, Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/8/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 5/9/2018 PUBLIC 6/9/2018; RE n.986.386 AgR, Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31/1/2018 PUBLIC 1º/2/2018. (AgRg no CC 169.033/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2020, DJe 18/05/2020).

3. Constatou-se, portanto, que a matéria foi analisada à exaustão, embora tenha se firmado entendimento em sentido contrário ao do embargante, situação que não autoriza a oposição de embargos de declaração. Assim, resolvidas as questões com fundamentação satisfatória, acaso a parte não se conforme com as razões declinadas ou considere a existência de algum equívoco ou erro de julgamento, não são os embargos, que possuem função processual limitada, a via própria para impugnar o julgado ou rediscutir a causa.

- A realidade fática da causa é estabelecida na decisão originária e no acórdão da Corte Revisora, ainda mais se não houve sequer recurso ministerial quanto à incompetência absoluta proclamada pelo TJDF.

- Inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 619 do CPP.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no RHC 130.197/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) [ressaltado]

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VERBAS FEDERAIS REPASSADAS AO MUNICÍPIO. RECURSOS SUMETIDOS À FISCALIZAÇÃO POR ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. Segundo a narrativa inicial formulada pelo Município de Maués/AM, consta que o requerido, ora agravado, na condição de então gestor do Município de Maués/AM, teria recebido recursos do Ministério da Defesa, através do Convênio nº. 410/PCN/2014 SICONV nº. 801573, cujo objeto era a construção da feira popular do município, tendo deixado de prestar contas perante o órgão concedente art. 11, inciso VI, da Lei nº. 8.429/92.

2. *A jurisprudência desta Corte tem reconhecido a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento das causas que envolvam recursos públicos repassados aos Estados, Distrito Federal e municípios, como no caso. A competência para o processamento e julgamento da causa é da Justiça Federal, ainda que a União não tivesse manifestado interesse em integrar a lide.*

3. *O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal está assentado na diretriz de que o repasse de verbas federais a município, uma vez submetido à fiscalização por órgão federal, é motivo suficiente para justificar o interesse do ente federal e firmar a competência da Justiça Federal (Precedentes: RE 464.621/RN, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; RE 605.609-AgR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 19/02/2011; HC 81.994, Relator Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 27/09/2012).*

4. A malversação de verbas oriundas do Ministério da Defesa enseja o interesse da União, visto que é necessária a prestação de contas a órgão federal.

5. O fato de o Ministério Público Federal figurar como litisconsorte ativo, tendo a demanda por objeto a fiscalização da aplicação de recursos públicos sujeitos à prestação de contas perante órgão federal, é bastante para atrair a competência da Justiça Federal, caracterizando o interesse referido no art. 109, I, da Constituição de 1988 (TRF1. AC 0003281-24.2013.4.01.3304, Terceira Turma, Desembargadora Federal Monica Sifuentes, PJe de 06/12/2021).

6. O decisor impugnado encontra-se em desarmonia com a jurisprudência deste TRF da 1ª. Região sobre a matéria, razão pela qual merece reparo a decisão agravada.

7. Agravo de instrumento provido, para reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

(AG 1015605-66.2021.4.01.0000, JUIZ FEDERAL MARLLON SOUSA (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, PJe 28/04/2022 PAG.) [ressaltado]

O interesse da União também está evidenciado em virtude da fiscalização realizada pela Controladoria-Regional da União no Mato Grosso do Sul – CGU-Regional/MS, no período de 20/10/2014 a 21/11/2014, que teve como objetivo analisar a legalidade dos procedimentos adotados pela AGESUL, entidade conveniente, na execução da obra de implantação trecho: Avenida Duque de Caxias (Via

Morena) – Rua Antônio Bandeira, no Município de Campo Grande/MS, bem como verificar a regularidade da aplicação dos recursos públicos federais repassados ao ente estadual, conforme Relatório de Fiscalização nº 201408138, para identificar situações em que a competência primária para adoção de medidas corretivas seja do executor do recurso federal e para conhecimento dos Ministérios repassadores de verbas federais para providências no âmbito de suas competências (Id. 8256320 – fl. 02/38).

A presença do Ministério Público Federal como autor da ação também atrai, regra geral, a competência da Justiça Federal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA LEI 12.527/2011 E DA LEI COMPLEMENTAR 131/2009. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM MATÉRIA CÍVEL. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA, EM RAZÃO DA PESSOA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA O JULGAMENTO DO FEITO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto em contra decisão publicada em 03/05/2017. II. Conflito de Competência suscitado nos autos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando o descumprimento, pelo réu, das regras previstas na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e na Lei Complementar 131/2009 (Lei da Transparência). III. Nos termos da jurisprudência do STJ, (a) “a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, é fixada, em regra, em razão da pessoa (competência *ratione personae*), levando-se em conta não a natureza da lide, mas, sim, a identidade das partes na relação processual” (STJ, CC 105.196/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 22/02/2010); e (b) “em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa” (STJ, CC 40.534/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 17/05/2004). Em igual sentido: STJ, REsp 1.645.638/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/05/2017; STF, AgRg no RE 822.816/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/06/2016. IV. Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no CC 151.506/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/09/2017, DJe 06/10/2017)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Nos termos do inciso I do art. 109 da CRFB/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo - *rationae personae* -, sendo desnecessário perquirir a natureza da causa (análise do pedido ou causa de pedir), excepcionando-se apenas as causas de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

2. In casu, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública pleiteando o recolhimento de contribuição previdenciária, especificamente a contribuição des-

tinada ao Plano de Assistência Social (PAS). Segundo mandamento constitucional, o fato de a demanda ter sido ajuizada pelo Parquet Federal, por si só, determina a competência da Justiça Federal.

3. "Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa" (CC 40534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 17.05.04).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no CC 107.638/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 20/04/2012)

Registra-se que a União não informou o desinteresse no feito, não obstante tenha decorrido o prazo para manifestação.

Desse modo, no caso concreto, o fato de a União não figurar como autor da ação ou litisconsorte ativo não afasta a competência da Justiça Federal. Ademais, de acordo com o artigo 17 da LIA, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, o Ministério Público passou a ser o único legitimado para o ajuizamento da ação de improbidade, não obstante essa atribuição exclusiva seja objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal (ADI 7042 MC/DF e 7043 MC/DF).

III – DO RECEBIMENTO DA INICIAL

3.1) DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS CONCERNENTES AO RECEBIMENTO DA INICIAL

O recebimento da inicial foi analisado sob a égide da Lei nº 8.429/92, na redação anterior à dada pela Lei nº 14.230/2021. Vigorava o entendimento de que a prova definitiva da conduta ímproba (artigos 9º, 10 e 11 da LIA) não era condição necessária para o recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa. Bastavam indícios verossímeis de sua ocorrência no plano material e de autoria (Lei nº 8.429/1992, artigo 17, § 6º), os quais poderiam ser confirmados ou desqualificados no transcorrer da instrução probatória, a qual tinham, obviamente, a finalidade de apresentação de provas e o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a verificação da existência dos elementos subjetivos (dolo, má-fé e culpa). Destaca-se, ademais, que na fase inicial da ação de improbidade vigorava o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de preservar o interesse público. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º E 11 DA LEI 8.429/92. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. DECISÃO DE 1º GRAU RESTABELECIDADA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...) III. Entretanto, no Recurso Especial o Ministério Público, invocando o art. 3º da Lei 8.429/92, destacou que os fundamentos do acórdão recorrido estão desatrelados do que se imputou ao agravante, na inicial, sustentando que "o ponto nevrálgico do caso está na existência de indícios robustos de que o recorrido concorreu para o intento ímprobo de cassar o então Prefeito desta capital não por questões políticas, mas sim para patrocinar o interesse de grupo empresarial radicado nos governos anteriores, tendo atuado de modo incisivo no processo de

cooptação dos vereadores”, mediante vantagens indevidas a serem oferecidas por terceiros, seja por intervenção direta do sucessor do então Prefeito Municipal, seja por empresários interessados na cassação do alcaide.

IV. Trata-se, no caso, de recebimento da inicial, ante a presença de indícios mínimos e razoáveis que sugerem a existência, em tese, de atos que configuram, pelo menos, violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei 8.429/92), matéria que merece ser definitivamente deslindada após a instrução processual, tal como, aliás, esclarecido pelo Juízo de 1º Grau, ao receber a inicial, quanto ao agravante.

V. Nos termos da jurisprudência do STJ, “constatada a presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa, é necessária instrução processual regular para verificar a presença ou não de elemento subjetivo, bem como do efetivo dano ao erário, sendo que ‘para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público’. (AgRg no REsp 1384970/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014)” (STJ, AgInt no REsp 1.614.538/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/02/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.606.709/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/06/2018.

VI. Assim, havendo indícios da prática de ato de improbidade, “deve ser considerada prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda, tampouco quanto a efetiva presença do elemento subjetivo do suposto ato de improbidade administrativa, o qual exige a regular instrução processual para a sua verificação” (STJ, EDcl no REsp 1.387.259/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2015).

VII. Nesse contexto, merece ser mantida a decisão ora agravada, que conheceu do Agravo, para dar provimento ao Recurso Especial do Ministério Público Estadual, para restabelecer a decisão de 1º Grau, que, concluindo pela existência de indícios de cometimento de improbidade administrativa, recebera a inicial contra o agravante.

Precedentes da Segunda Turma do STJ, relativos a corréus do mesmo processo: AgInt no AREsp 1.434.829/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/02/2020, trânsito em julgado em 04/08/2020; AgInt no REsp 1.778.949/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/10/2019, trânsito em julgado em 29/10/2019; AgInt no REsp 1.779.224/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/10/2019, trânsito em julgado em 06/11/2019; AgInt no REsp 1.783.175/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/10/2019, trânsito em julgado em 27/02/2020; AgInt no AREsp 1.361.773/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019, trânsito em julgado em 10/06/2019; AgInt no AREsp 1.362.803/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019, trânsito em julgado em 26/06/2019; AgInt no AREsp 1.371.873/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019, trânsito em julgado em 04/06/2019; AgInt no REsp 1.783.84/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/03/2019, trânsito em julgado em 29/03/2019.

VIII. A conclusão da decisão agravada, ora mantida, não reclama o reexame de fatos ou provas. Cuida-se de reavaliação dos critérios jurídicos utilizados, pelo Tribunal de origem, na apreciação de fatos e provas, tal como postos no acórdão recorrido, pelo que não incide, no caso, o óbice da Súmula 7/STJ.

IX. De igual modo, não há falar em deficiência da fundamentação do recurso do ora agravado ou em ausência de prequestionamento da matéria.

X. Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no AREsp 1405014/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 25/06/2021) [ressaltado]

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DE CONDUTA ÍMPROBA RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação por Improbidade Administrativa na qual se narra o superfaturamento na aquisição de aparelhos de ar condicionado pela municipalidade.

2. Impugna-se no Recurso Especial acórdão que confirmou a decisão da primeira instância que recebera a Petição Inicial. Afirmou o Tribunal de origem: “depreende-se facilmente do decisum fustigado que o juiz de primeiro grau recebeu a ação civil pública por ato de improbidade administrativa [...], sob o argumento de que o demandado/recorrente teria sistematicamente praticado ato de contratação irregular com dispensa de licitação, caracterizando, em tese, ato que importou em prejuízo ao erário”.

3. Concluiu, então, o Juízo a quo: “como narrados os fatos na inicial, e apenas para fins de juízo de prelibação, provisório e simples, verifica-se que existem indícios da existência de ato que pode ser enquadrado como ato de improbidade, e também da participação do agravante em sua ocorrência”.

4. “A jurisprudência desta Corte Superior é serena no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público” (AgInt no AgInt no AREsp 1.501.406/SC, Relator Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 24.9.2020). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 1.220.029/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/8/2018; AgInt no AREsp 1.213.358/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 31.10.2018; REsp 1.770.305/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.12.2019.

5. Por fim, a Súmula 7/STJ impede o exame da alegação de que estaria ausente o requisito da justa causa. Sobre a questão assim se pronunciou o Tribunal de origem: “no que diz respeito à alegação de ausência de justa causa e prova documental que legitime o recebimento da ação, melhor sorte não assiste ao Recorrente. É que, ao contrário do que alega o ora agravante, a petição inicial referente à ação civil pública aqui analisada possui redação muito clara, objetiva e coerente com o objeto da demanda, com adequada narração dos fatos e de suas consequências jurídicas, necessários para a propositura da demanda, no intuito de se averiguar a alegada prática de ato de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92”.

6. Agravo Interno não provido.

(STJ, AgInt no AREsp 1746172/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 01/07/2021) [ressaltado]

Para a configuração do ato ímprobo, considerava-se desnecessário que o réu tenha tivesse obtido proveito com suas ações, pois o prejuízo ao erário, por si só, era suficiente. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. JUÍZO SUMÁRIO. CONTEXTO DELINEADO NA ORIGEM. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INOCORRÊNCIA.

1. De acordo com a posição dominante no STJ, presentes indícios suficientes de cometimento de ato ímprobo, afigura-se devido o recebimento da ação de improbidade, em franca homenagem ao princípio do in dubio pro societate, vigente nesse momento processual, sendo certo que apenas as ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas.

2. No caso presente, o Tribunal de origem, em juízo sumário, próprio da fase inicial da ação de improbidade, refutou prematuramente a prática de ato ímprobo, à vista da inexistência do elemento subjetivo e do prejuízo ao erário, em descompasso com a jurisprudência do STJ, que, em tais situações, exige a regular instrução processual.

3. Hipótese em que a decisão impugnada foi adotada sem a necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, apenas fazendo a interpretação de comando da Lei de Improbidade Administrativa com base no que ficou delineado no acórdão.

4. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no AREsp 1669615/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2021, DJe 01/07/2021) [ressaltado]

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INEXISTÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL. INDÍCIOS VEROSSÍMEIS DA CONDUTA ÍMPROBA.

- A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação civil pública para apuração da prática de ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra o agravante e outros. Relata o Parquet que instaurou o procedimento administrativo nº 1.34.016.000088/2016-22, destinado a apurar a ocorrência de irregularidades nos contratos de serviço de transporte público em Itu/SP e, no seu curso, verificou que a prefeitura realizou o pregão nº 127/2011, com a finalidade de contratar fretamento contínuo para transporte de pacientes a outros municípios para realização de consultas especializadas, exames e tratamentos médicos específicos, com o que celebrou o contrato nº 173/2011, mantido com verba oriunda do Ministério da Saúde por meio do Programa Federal Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar. Afirma que o certame está eivado de irregularidades, além do que, mesmo depois de terminado o atinente contrato, o serviço continuou a ser prestado e, posteriormente, outra empresa dos mesmos proprietários foi contratada emergencialmente por dispensa de licitação.

- A prova definitiva da conduta ímproba não é condição necessária para o recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa. Bastam indícios verossímeis de sua ocorrência no plano material e de autoria (Lei nº 8.429/1992, artigo 17, § 6º), os quais poderão ser confirmados ou desqualificados no transcorrer da instrução probatória, a qual tem, obviamente, a finalidade de apresentação de provas e o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a verificação da existência dos elementos subjetivos (dolo, má-fé e culpa).

- Nesses termos, in casu, a inicial da ação originária descreve com clareza as condutas atribuídas aos agravantes, na qual o autor indica que, em 2017, ano em que teve início a sua gestão no Município de Itu/SP, foi realizado pagamento, em abril, à empresa "Avante", mesmo sem contrato vinculado, além do que foi autorizada a contratação emergencial por dispensa de licitação e pelo prazo de noventa dias da empresa Rápido Sumaré Ltda., a qual é intrinsecamente ligada ao grupo da Avante, ambas investigadas por formação de quartel, conforme documentação dos autos. Os fatos descritos constituem indícios suficientes aptos a fundamentar a demanda, os quais deverão ser, ratifique-se, confirmados ou desqualificados no transcorrer da demanda, na qual serão apreciados de forma exauriente com a análise das provas. Não há como negar de plano a prática das condutas imputadas aos agravantes.

- *Desnecessário para a configuração do ato ímprobo que o réu tenha tido proveito com suas ações, pois o prejuízo ao erário, por si só, é suficiente.* De qualquer forma, atente-se para o fato de que o dano é presumido para os casos de frustração da licitude do procedimento licitatório: O STJ entende que, para a caracterização de improbidade administrativa por frustração da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano in re ipsa (STJ: REsp 1771593/SE).

- Dessa maneira, correta a decisão agravada.

- Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5008472-50.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 22/09/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/09/2020) [ressaltado]

De acordo com a nova redação do artigo 17, *caput* e § 6º, da LIA, a ação de improbidade deve seguir o procedimento comum, previsto no CPC, e a inicial individualizar a conduta de cada réu, apontar as provas mínimas que demonstrem a prática dos atos ímprobos, bem como ser instruída com documentos que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou exposição das razões fundamentadas da impossibilidade de sua apresentação.

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Nesse sentido, destacam-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. COMPETÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

(...)

3. O patrimônio público é bem difuso por excelência. Sua proteção é simultaneamente dever e direito de todos e, por isso mesmo, apresenta-se como um dos pilares da ordem republicana instituída pela Constituição de 1988.

4. Condutas ímprobas podem ser deduzidas em juízo por meio de Ação Civil Pública, não havendo incompatibilidade, mas perfeita harmonia, entre a Lei 7.347/1985 e a Lei 8.429/1992, respeitados, os requisitos específicos desta última (como as exigências do art. 17, § 6º).

5. A Ação Civil Pública é instrumento processual ao qual é indiferente a natureza do ato ilícito imputado ao réu (no caso, improbidade administrativa) e a tipologia dos remédios judiciais pretendidos (preventivos, reparatórios ou sancionatórios).

6. *Nas ações de improbidade, a petição inicial deve ser precisa acerca da narração dos fatos, para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. Não se exige, contudo, que desça a minúcias das condutas dos réus, nem que individualize de maneira matemática a participação de cada agente, sob pena de esvaziar de utilidade a instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados.*

7. In casu, o Tribunal de origem consignou que a descrição dos fatos contida na exordial é suficiente para indiciar atos de improbidade administrativa por dano ao Erário e que o Parquet a instruiu com documentos hábeis à comprovação das suas alegações. A alteração desse entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido.

(STJ, 2ª Turma, REsp 1.040.440/RN, j. 02/04/2009, DJe 23/04/2009, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. GUARDA MUNICIPAL. ABUSO DE AUTORIDADE. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial desse Sodalício, basta a presença de indícios de cometimento de atos de improbidade a fim de que seja autorizado o recebimento da petição inicial da ação civil pública destinada à apuração de condutas que se enquadrem à Lei nº 8429/92. Deve, assim, prevalecer o princípio do in dubio pro societate.

2. Neste ponto, cumpre ressaltar que *"a petição inicial deve ser precisa acerca da narração dos fatos, para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. Não se exige, contudo, que desça a minúcias das condutas dos réus, nem que individualize de maneira matemática a participação de cada agente, sob pena de esvaziar de utilidade a instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados"* (STJ, REsp 1.040.440/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2009).

(...) 6. Agravo interno não provido.

(STJ, AgInt no REsp 1917098/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2021, DJe 27/05/2021) [ressaltado]

Segundo Marçal Justen Filho, o artigo 17, § 6º, inciso II, da LIA:

“determina que a inicial seja acompanhada dos documentos pertinentes aos fatos narrados e que contemplem indícios suficientes da veracidade dos fatos, da autoria da conduta e da presença do dolo. Essa dispositivo reconhece a vedação à instauração de ação de improbidade desacompanhada de evidências suficientes quanto à existência (e à autoria) do ato de improbidade. A redação legal é muito relevante, eis que o dispositivo não se refere a evidências “mínimas”. É indispensável que a documentação demonstre, de modo suficiente, a existência do ilícito e de sua autoria. (...) A avaliação da existência de prova suficiente da ocorrência de ato de improbidade deve ser realizada em face de cada corréu. Ou seja, a insuficiência da prova quanto a um determinado réu não autoriza a instauração do processo generalizadamente em face de outros sujeitos escolhidos pelo autor da ação de improbidade para integrarem o processo. (...) É indispensável que a petição inicial não apenas narre os fatos relevantes e pertinentes. Também é exigido que haja a individualização da conduta de cada réu, expondo a sua subsunção às hipóteses legais dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA e comprovando elementos probatórios mínimos” (Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 191-192).

Para que a exordial seja recebida deve ser comprovada a justa causa para o ajuizamento por meio de elementos concretos que demonstrem a existência de indícios suficientes acerca da autoria (responsabilidade do agente) e materialidade da conduta desonesta. O § 6-B do artigo 17 prevê que a inicial será rejeitada quando for inepta, a parte manifestamente ilegítima, o autor carecer de interesse processual, não forem atendidas as determinações de suprimento da omissão (artigo 106 CPC) ou emenda da exordial (artigo 321 CPC), não estiverem preenchidos os requisitos previstos no § 6º ou quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado:

Art. 17.

§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto, ao comentarem sobre os requisitos da petição inicial e as hipóteses da sua rejeição, fazem as seguintes observações:

“O dispositivo do § 6º, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa exige, além do atendimento da regra do art. 319, do Código de Processo Civil de 2015 (requisitos da petição inicial). Que a demanda já esteja regularmente instruída com um mínimo de elementos que justifiquem o seu ajuizamento, especialmente se considerada a gravidade das sanções previstas, bem como os seus reflexos pessoais e políticos. A doutrina tem afirmado, com indiscutível razão, a necessidade de uma adequação típica entre as condutas apontadas como ímprobas e a relação dos tipos descritos nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena de inépcia da inicial: a) qual a conduta praticada pelo agente e

seu enquadramento legal; b) qual o dano (em sentido amplo) causado ao erário (ainda que estimado) e; c) nexos de causalidade entre o ato e o enriquecimento ilícito, o dano ao erário ou a violação aos Princípios Constitucionais. O que se veda é o ajuizamento sem qualquer elemento, sem documentos ou provas que justifiquem a afirmativa de que ocorreu a alegada improbidade administrativa, ainda que possa haver a requisição posteriormente com fundamento no §7º, do art. 1º, da Lei da Ação popular, mas desde que presente justificativa plausível, especialmente quando poderia ter sido postulado a exibição de documentos (art. 396 do CPC/2015). (...) Maior importância merece a necessidade de individualização da conduta do réu, associada às provas de sua efetiva ocorrência. Essa condição impedirá a propositura de ações sem indicação de fato preciso, seja quanto ao enriquecimento ilícito ou dano ao erário público, remetendo para a acusação genérica de violação aos princípios do art. 11 da lei, sem qualquer apontamento concreto de cometimento de ato de improbidade administrativa, impossibilitando até o exercício pleno da ampla defesa”(Comentários à nova lei de improbidade administrativa: lei 8.429/92, com as alterações da lei 11.230/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 333-335).

Por fim, a Lei nº 14.230/2021 suprimiu o ato de recebimento da inicial e passou a estabelecer que se a exordial estiver em termos, o juiz ordenará a citação do requerido para contestar a ação:

Art. 17.

§ 7º Se a petição inicial estiver em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação dos requeridos para que a contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, iniciado o prazo na forma do art. 231 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

3.2) DA APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 14.230/2021

Relativamente à retroatividade da Lei nº 14.230/2021, parte da doutrina e jurisprudência tem se posicionado pela sua aplicação imediata e retroativa aos processos em andamento, desde que para beneficiar o réu (artigo 5º, inciso XL, da CF), ao fundamento de que o artigo 1º, § 4º, da lei determina a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo sancionador ao sistema da improbidade, entre os quais se destaca o princípio da retroatividade da lei mais benéfica. A retroação das normas sancionatórias mais benéficas tem sido reconhecida pelos Tribunais Superiores:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. 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.

II - O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage no caso de sanções menos graves, como a administrativa. Precedente.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Honorários recursais. Não cabimento.

V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido.

(STJ, AgInt no REsp 1602122/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A sindicância investigativa não interrompe prescrição administrativa, mas sim a instauração do processo administrativo.

2. O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador. Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa.

3. Contudo, o processo administrativo foi instaurado em 11 de abril de 2013 pela Portaria n. 247/2013. Independente da modificação do termo inicial para a instauração do processo administrativo disciplinar advinda pela LCE n. 744/2013, a instauração do PAD ocorreu oportunamente. Ou seja, os autos não revelam a ocorrência da prescrição durante o regular processamento do PAD.

4. Agravo interno não provido.

(STJ, AgInt no RMS 65.486/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 26/08/2021)

Voto: "A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal. Nesse sentido, considera-se 'a lei de improbidade administrativa uma importante manifestação do direito administrativo sancionador no Brasil' (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190)"

(STF, Rcl 41557, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021)

Voto-Vista: "Em exame acerca da natureza jurídica da norma constante do § 5º art. 54 da Lei n. 8.884/1994, observo tratar-se de penalidade administrativa, imposta em razão do cometimento de infração ali tipificada. O tema insere-se no âmbito do direito administrativo sancionador e, segundo doutrina e jurisprudência, em razão de sua proximidade com o direito penal, a ele se estende a norma do

art. 5º, XVIII, da Constituição da República, qual seja, a retroatividade da lei mais benéfica. Nesse sentido a jurisprudência desta Corte (e.g. 1ª TURMA, REsp n. 1.402.893/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, j. em 11.04.2019, DJe 22.04.2019)” (STJ, REsp 1353274/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 25/03/2021)

Acerca da retroatividade da Lei nº 14.230/2021, Marçal. Justen Filho faz a seguinte análise:

“(...) para evitar qualquer controvérsia, o art. 5º, inc. XL, da CF/88 determina que ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Embora a redação se refira à ‘lei penal’, é evidente que essa garantia se aplica a qualquer norma de natureza punitiva. Não existe alguma característica diferenciada da lei penal que propiciasse a retroatividade da lei punitiva não penal. Assim se impõe em vista da própria garantia constitucional. Deve-se compreender que o legislador reputou que a solução prevista na lei pretérita era excessiva. O entendimento consagrado na legislação superveniente alcança as infrações pretéritas” (Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 250-251).

Destacam-se os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. FRAUDE AO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA. GERENTE-GERAL. OMISSÃO. NEGLIGÊNCIA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. LEI 14.230/2021. SUPERVENIÊNCIA. RETROATIVIDADE DA NORMA ADMINISTRATIVA DE CARÁTER SANCIONADOR. EXCLUSÃO DA OMISSÃO. PROVIMENTO.

1. A Lei de Improbidade Administrativa visa dar máxima proteção ao princípio da moralidade administrativa combatendo a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas a expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade.

2. Tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 1992, como a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 CRFB/11988, em seu art. 5º, inciso XL, garantem a retroatividade da lei de natureza sancionatória punitiva como no caso dos atos que configuram improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário.

3 O Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp 1.153.083-MT, relatora Ministra Regina Helena Costa, de 06/11/2014, também afirma a retroatividade da lei de natureza sancionatória além do direito penal, enquanto princípio do direito sancionatório.

4. A Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, ao alterar e dar nova redação ao caput do art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, expressamente excluiu a ação culposa do agente enquanto ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, permanecendo apenas qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas

5. O apelante José Humberto Pereira foi condenado porque teria agido com omissão e negligência da função de gerente da agência bancária e, com isso, permitido ou contribuído para a prática dos reiterados atos de improbidade administrativa pelos quais seu subordinado teria lesado o erário com reiterados saques do Programa Bolsa Família com uso de senhas previamente cadastradas.

6. A imputação toda desde a investigação até a instrução processual foi única e exclusiva com fundamento na ação culposa do apelante, que se descuidou em seu dever de cuidar para evitar as fraudes, sem o seu conhecimento, em típica ação culposa que doravante, com a Lei 14.230/2021, não são mais passíveis de punição enquanto ato de improbidade administrativa.

7. Provimento da apelação de José Humberto Pereira para julgar improcedentes os pedidos em razão da retroatividade benéfica da Lei 14.230/2021, que excluiu a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa que causar prejuízo ao erário previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992".

(TRF 1ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0002724-39.2006.4.01.3803, Rel. JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO (CONV.), PJe 04/04/2022 PAG.)

APELAÇÃO CÍVEL. Ação civil pública. Pretensão direcionada a ex-prefeito do Município de Nipoã.

1. Improbidade administrativa. Gastos excessivos com combustível nos exercícios de 2014 e 2015 e falhas nas licitações realizadas para a aquisição do produto no referido período. Sentença de parcial procedência.

2. Processo licitatório realizado no ano de 2014 que não observou pesquisa de preços. Pregão Presencial efetivado no ano de 2015, cuja cotação preliminar de preços ocorreu em dia anterior à sessão pública. Prejuízo ao erário no gasto excessivo, não se falando em superfaturamento de preços. Pregões que foram regularmente publicados, havendo competição entre os interessados. Dolo não configurado sob esse aspecto. Comportamento negligente, mas ausência de má-fé com relação às discrepâncias apontadas.

3. Excesso de gastos com combustíveis nos anos de 2014 e 2015 comprovados. Ao menos não justificadas com fatos novos ou supervenientes. Significativa elevação de consumo que corresponde no ano de 2013 a R\$438.252,16 e passou a R\$706.140,22 em 2014 e R\$909.874,92 no ano de 2015. Alegação no sentido de que houve aumento da frota, o que justificaria a elevação dos gastos. Inocorrência. Municipalidade que possuía 41 veículos no ano de 2014 e passou a ter 44 veículos em 2015, quantia insuficiente para justificar o consumo excessivo no importe de R\$98.317,82. Situação que foi identificada pelo Tribunal de Contas, que alertou o ex-Prefeito em diversas oportunidades acerca do gasto desordenado com combustível.

4. Controle de percurso e quilometragem de parte da frota que vinha sendo realizado e que poderia ter sido observado com relação aos demais veículos públicos. Laudo elaborado pelo CAEX que apontou ausência no controle de abastecimentos, de quilometragem e horas de uso.

5. Desvio de finalidade evidenciada. Dever indissociável da função pública exercida, que nasce da própria Carta Constitucional, das Leis nº 8.429/92 e 4.320/64. Responsabilidade que recai sobre o gestor da Municipalidade que tem o dever de zelar pelo dinheiro público, inerente à sua função o controle e fiscalização das contas desembolsadas sob o seu mandato. Negligência configurada no trato do dinheiro público. Despreparo na condução da faina do cargo.

6. Violação ao artigo 10, inciso X, da Lei nº 8.429/92. Ato de improbidade administrativa caracterizado de forma culposa. Redação originária.

7. *Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º, §4º estabelece ao sistema de improbidade a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Retroatividade da norma mais benéfica, por disposição específica da mesma (art. 1.º §4.º). Supressão das modalidades culposas. Atos de improbidade administrativa somente dolosos, não verificados na espécie. Ausência de má-fé no trato com o dinheiro público ou obtenção de vantagem. Negligência durante a gestão.*

8. Sentença reformada. Decreto de improcedência da ação. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1001594-31.2019.8.26.0369; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Monte Aprazível - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/11/2021; Data de Registro: 10/11/2021) [ressaltado]

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 8.429/1992. FATO NOVO. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.230/2021. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. FAVORECIMENTO DOLOSO DE TERCEIROS. ARTIGO 10, VII, DA LEI 8.942/1992. ATO ÍMPROBO CONFIGURADO. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. COMUNICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO AO PREJUÍZO PATRIMONIAL EFETIVAMENTE CAUSADO À AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que se aplica ao direito administrativo sancionador os princípios fundamentais do direito penal, dentre os quais o da retroatividade da lei mais benigna ao réu, previsto no artigo 5º, XL, CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

2. Em decorrência de tal extensão de princípios reguladores, o advento da Lei 14.230/2021, no que instituiu novo regramento mais favorável ao réu imputado ímprobo, deve ser considerado no exame de pretensões formuladas em ações civis públicas de improbidade administrativa, ainda que ajuizadas anteriormente à vigência da nova legislação.

(...)

14. Decretação de ofício, nos termos do § 8º do artigo 23 da Lei 8.429/1992 com alterações da Lei 14.230/2021, da prescrição intercorrente da pretensão sancionadora formulada na presente ação de improbidade administrativa quanto às sanções outras que não a de ressarcimento ao erário, julgando, assim, em relação a tais pontos, prejudicadas as apelações do MPF e INSS. Quanto ao ressarcimento do dano, apelação da parte ré parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000547-79.2018.4.03.6118, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 17/12/2021, Intimação via sistema DATA: 14/01/2022)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Dispensa de licitação - Contratações diretas realizadas no exercício de 2006 pela EMDHAP em favor de diversas empresas, que atingiram o total de R\$ 1.007.934,65 - Montante negociado que ultrapassa em muito o limite permitido dos incisos I e II do art. 24 da lei nº 8.666/93 – Dispensa de licitação indevida – Dano ao erário presumido – Inteligência do artigo 10 inciso VIII da Lei nº 8.429/92 - Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º § 4º determina a aplicação, no sistema de improbidade, dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador - Retroatividade da norma mais benéfica

- Supressão do dano presumido constante na antiga redação do citado artigo 10 inciso VIII da Lei nº 8.429/92 – Sentença reformada para julgar improcedente o pedido inicial – Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 3010759-26.2013.8.26.0451; Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/12/2021; Data de Registro: 15/12/2021)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. LEI 14.230/2021. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO PROVIDO.

1. A Lei 14.230/2021 trouxe diversas inovações à Lei 8.429/92, inovações essas que se aplicam aos processos pendentes, conforme entendimento que vem se consolidando no âmbito dos tribunais pátrios e que pode ser observado nos julgados proferidos nesta Corte a partir da edição desse novo diploma legal.

2. O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput do artigo 16 do novo diploma legal, será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

3. No caso, constatado que o periculum in mora foi presumido e que a indisponibilidade de bens foi concedida sem prévia oitiva da parte e ainda teve por objetivo de assegurar o pagamento de multa civil, a revogação desta é medida que se impõe.

4. Agravo de instrumento provido”.

(TRF 1ª Região, TERCEIRA TURMA, AG 1043008-10.2021.4.01.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, PJe 29/03/2022 PAG.)

Assim, considerada a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo e do contexto sancionador, as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230/2021 aplicam-se de forma retroativa, naquilo que for mais benéfico aos acusados.

3.3) DO CASO CONCRETO

O magistrado recebeu a inicial com relação aos agravantes EDSON GIROTO e LUIZ CÂNDIDO ESCOBAR, dada a não verificação das hipóteses previstas no artigo 17, § 8º da Lei 8.429/92.

Para o o juízo a quo, o agravante Edson Giroto: “Ao contrário do que alega, não atuou apenas na Concorrência n. 089/2008-CLO, mas também na Concorrência n. 017/2009-CLO, enquanto Secretário de Obras Públicas e de Transporte e “designado para responder pela Presidência da AGESUL”.Transcrevo as condutas, já mencionadas na decisão liminar (ID 18527623 - Pág. 25):

(...), como Secretário de Obras Públicas e de Transporte e “Designado para responder pela Presidência da AGESUL” atuou desde a primeira concorrência, quando assinou o contrato e distrato com a MOVITERRA (8235771 - Pág. 4, 8235776 - Pág. 5). Já na segunda licitação, designou os membros da Comissão Permanente de Licitação e substituiu-os (ID 8243884, p. 7, e 8243885, p. 3), adjudicou o objeto ao consórcio vencedor, Lagoa, homologou o procedimento (ID 8254813 - Pág.

1) e assinou o contrato com a empresa PROTECO (ID 8254828 - Pág. 3). Também firmou a Ordem de Serviço, juntamente com ELZA CRISTINA, esta como representante do já consórcio Lagoa (ID 8254830 - Pág. 3), e nomeou os três membros da Comissão de Fiscalização da Obra, nº 551/2009, (...), assim como aparece autorizando pagamento de Nota Fiscal, embora usualmente outra pessoa era responsável por essa atribuição (ID 8255052 - Pág. 4)

Ademais, ainda que parte das condutas tenha sido amparada em parecer jurídico, somente na fase probatória seria possível afastar eventual conluio entre o Procurador Estadual e os demais agentes para dar legalidade aos sucessivos atos administrativos que levaram à execução do contrato pela PROTECO.

Assim, afasto a preliminar de ilegitimidade”.

Relativamente ao agravante LUIZ CANDIDO ESCOBAR, considerou que:

“Os argumentos do requerido não foram suficientes para afastar o indício de que foram incluídas cláusulas com o objetivo de restringir a competição.

Na decisão liminar decidi pela ilegalidade das cláusulas relativas a VISTORIA TÉCNICA (data e horário estabelecido e em lugar estranho, ou seja, na sede da Agência Estadual), RECOLHIMENTO DA GARANTIA (identificação por antecipação dos concorrentes), RESPONSÁVEIS TÉCNICOS (exigência de vínculo não inferior a 90 (noventa) dias consecutivos), CERTIDÃO DO CREA/MS (poderia inviabilizar a habilitação de tais empresas), TAXA DE FORNECIMENTO DO EDITAL (poderia inviabilizar a habilitação de tais empresas).

E quanto à conduta de LUIZ CANDIDO, assim descrevi:

(...) atuou como Coordenador de Licitações e Obras (ID 8243896 - Pág. 3), tendo subscrito o Edital de Licitação nº 17/2009-CLO e sua alteração, esta referente a permissão de consórcio com apenas duas empresas (ID 8244058 - Pág. 5), favorecendo aquele formado pela MOVITERRA E PROTECO. Os demais atos foram de encaminhamento de processo e publicação de atos, como avisos de licitação e de seu resultado.

Reitero os argumentos anteriores quanto ao parecer jurídico pelo prosseguimento do processo, o que, para o réu, daria legalidade à minuta do Edital de Licitação. Quanto às referidas cláusulas, a defesa não apresentou argumentos suficientes para modificar o que foi decidido na liminar, ou seja, que parte das cláusulas restringiam a competição e também permitiam conhecer antecipadamente os concorrentes.

Em relação à inclusão de cláusula que permitiu a participação de consócio, não pode ser analisada isoladamente, pois permitiu a inclusão do Consórcio Lagoa que, depois foi dissolvido, permanecendo apenas a PROTECO.

São indícios suficientes para que o réu permaneça na ação, pois praticou atos que vieram a beneficiar terceiros, em prejuízo ao erário público”.

Segundo o MPF, a presente ação civil pública tem os mesmos fatos objeto da Ação Penal nº 0008855-92.2017.4.03.6000, que tramita perante a 3ª Vara Federal em Campo Grande. No que se refere aos atos praticados pelos acusados, extrai-se da inicial que a Polícia Federal instaurou investigação para apurar crimes tipificados nos artigos 312 e 317 do Código Penal e artigo 90 da Lei nº. 8.666/1993, à vista da existência de indícios de que JOÃO AMORIM e pessoas a ele ligadas corrompiam servidores públicos para o fim de fraudar licitações e desviar recursos públicos, inclusive federais, por meio da empresa PROTECO, de sua propriedade. Inter-

ceptações em terminais telefônicos, judicialmente autorizadas, teriam apontado a existência de uma organização criminoso no âmbito do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul para favorecimento da empresa PROTECO, com a contribuição decisiva do agravante Edson Giroto, à época Deputado Federal licenciado e Secretário Estadual de Obras e Transportes, e com a participação de servidores da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos do Estado (AGESUL), autarquia estadual, entre os quais o agravante LUIZ CANDIDO ESCOBAR.

Narra o *Parquet* que, na primeira etapa das investigações, diligências realizadas pela Polícia Federal, Controladoria-Geral da União (CGU) e Receita Federal do Brasil (RFB) e interceptações telefônicas teriam auxiliado na identificação do *modus operandi* da organização e da contribuição de cada agente dentro da estrutura. Segundo apurações, João Amorim atuava como um dos coordenadores e principais beneficiados da organização criminoso por ter contato direto com EDSON GIROTO, Secretário de Estado à época dos fatos, e ANDRÉ PUCCINELLI, então Governador, proveniente da existência de amizade íntima de longa data, o que teria sido comprovado pelas declarações prestadas por MARINES DE ARAUJO BERTAGNOLLI, ex-companheira de JOAO AMORIM. Com a posse de André Puccinelli no cargo de Governador e nomeação de Edson Giroto ao cargo de Secretário de Obras Públicas e Transportes, o *modus operandi* teria sido transferido para o governo estadual e os inúmeros diálogos interceptados teriam confirmado as fraudes nos contratos da empresa PROTECO, geridos pela AGESUL. Maria Wilma Casanova Rosa, então Diretora-Presidente da AGESUL e subordinada diretamente a Edson Giroto, teria participado ativamente das licitações fraudulentas que tiveram por finalidade direcionar o objeto à empresa PROTECO e aprovado pagamentos de medições falsas, mediante remuneração proveniente dos recursos desviados das obras. O recorrente Edson Giroto teria coordenado e assegurado o êxito das condutas criminosas que eram praticadas dentro da AGESUL e mantido contato permanente com a PROTECO. Sob seu comando direto e com o assentimento de André Puccinelli, teriam sido firmados diversos contratos fraudulentos que beneficiaram a PROTECO, além de ter supostamente recebido parte dos recursos públicos desviados e outras vantagens ilícitas de João Amorim. Relativamente às fraudes nas obras de saneamento integrado na Avenida Lúdio Coelho, entre a Avenida Duque de Caxias e a Rua Antônio Bandeira, no Município de Campo Grande-MS, com recursos repassados pelo Ministério das Cidades, relata que foram efetuados dois processos licitatórios: Concorrência 089/2008-CLO (Processo nº. 19/101170/2008), no valor de R\$ 12.018.960,23, e Concorrência 017/2009-CLO (Processo nº. 19/101485/2009), no valor de 16.735.569,35. Para o autor, os certames teriam sido realizados com o propósito de favorecer (direcionar) a contratação da Proteco Construções LTDA. para execução das obras objeto do Contrato de Repasse nº. 0226003-02.

O MPF descreve na exordial as condutas dos acusados, nos seguintes termos (Id. 8240867):

2.2.2. EDSON GIROTO

Na condição de *Secretário de Estado de Obras Públicas e de Transportes* (ainda que temporariamente fora desse cargo para exercer o mandato de Deputado Federal) e *Diretor-Presidente da AGESUL*, livre e conscientemente, auxiliou ANDRÉ

PUCCINELLI no comando e na execução do esquema criminoso, acima descrito, levado a efeito pelos demais denunciados, para fraudar a legalidade e o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios Concorrência n. 089/2008-CLO-Concorrência n. 017/2009-CLO, (...), com o intuito de obter – como, de fato, foi obtido – para a empresa *PROTECO* – pertencente a *JOÃO AMORIM* – vantagem decorrente da adjudicação dos objetos dessas licitações. Sendo que, além de ter frustrado o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, o esquema criminoso também visava a possibilitar os desvios de dinheiro e valores públicos ocorridos em proveito daquela mesma empresa.

(...)

As provas colhidas pela *POLÍCIA FEDERAL* na Operação Lama Asfáltica, indicadas nesta denúncia (v., em especial, tópico 2.1 acima), mostram que *EDSON GIROTO* supervisionava e apoiava o esquema criminoso existente entre a *PROTECO* e agentes públicos da *AGESUL*/Secretaria de Estado de Obras Públicas e de Transportes, mantendo estreito relacionamento com *JOÃO AMORIM*, dono daquela empresa. Conforme restou apurado por meio das interceptações telefônicas, para desempenhar o seu papel junto à *AGESUL*, *EDSON GIROTO* contava com o apoio de *MARIA WILMA CASANOVA ROSA*, Diretora-Presidente daquela autarquia. *MARIA WILMA* era chamada de “primeira-dama” da *AGESUL*/SEOP por alguns dos integrantes do grupo criminoso.

Como dito, *EDSON GIROTO*, enquanto Secretário de Estado de Obras Públicas e de Transportes, auxiliava *ANDRÉ PUCCINELLI* a comandar o esquema criminoso em favor da *PROTECO*, de *JOÃO AMORIM*. Mas também praticou atos executórios – sempre, como visto, contando com o aval do então Governador – dentre os quais: (a) Na Concorrência n. 089/2008-CLO – obras de saneamento integrado na Avenida Lúdio Coelho, entre a Avenida Duque de Caxias e a Rua Antônio Bandeira: termo de rescisão ao Contrato OC n. 010/2009, entre a *AGESUL* e a empresa *MOVITERRA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA*.

(b) Na Concorrência n. 017/2012-CLO – obras da Rodovia MS-430 – objeto de análise de execução física no Laudo n. 1848/2015-SETEC/SR/DPF/MS: adjudicação e homologação do objeto do certame ao CONSÓRCIO LAGOA; ordenação da despesa; Contrato OC n. 293/2009; ordem de início de serviços; nomeação da Comissão de Fiscalização n. 551/2009; anuência à dissolução do CONSÓRCIO LAGOA, mantendo a contratação da empresa *PROTECO*; e pagamentos à *PROTECO*. (destaque-se que o correto é 017/2009-CLO e Laudo 322/2016-SETEC/SR/DPF/MS).

(...)

2.2.6. LUIZ CÂNDIDO ESCOBAR

Na condição de Coordenador de Licitações de Obras da *AGESUL* (cargo de chefia e de confiança), livre e conscientemente, aderindo às condutas dos demais denunciados, participou da fraude à legalidade e ao caráter competitivo dos procedimentos licitatórios Concorrência n. 089/2008-CLO-Concorrência n. 017/2009-CLO, (...) com o intuito de obter – como, de fato, foi obtido – para a empresa *PROTECO*, vantagem decorrente da adjudicação dos objetos dessas licitações. Sendo que, além de terem frustrado o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, as condutas do denunciado também visavam a possibilitar os desvios de dinheiro e valores públicos ocorridos em proveito daquela mesma empresa.

Estes, especificamente, os atos executados pelo denunciado:

(a) Na Concorrência n. 017/2009-CLO – obras de saneamento integrado na Avenida Lúdio Coelho, entre a Avenida Duque de Caxias e a Rua Antônio Bandeira

– responsável pelo: edital de licitação contendo as cláusulas restritivas que resultaram no direcionamento em favor do CONSÓRCIO LAGOA e, consequentemente, da empresa PROTECO; aviso de lançamento de licitação; aviso de alteração de edital, incluindo a cláusula que permitiu a participação do CONSÓRCIO LAGOA no certame; novo aviso de licitação diante da alteração; encaminhamento para adjudicação e homologação do objeto do certame; e aviso de resultado de licitação. (...).

Com base no conjunto de fatos relatados na presente denúncia, é seguro afirmar que, entre os anos de 2008 e 2014, ANDRÉ PUCCINELLI, EDSON GIROTO, JOÃO ALBERTO KRAMPE AMORIM DOS SANTOS (JOÃO AMORIM), ELZA CRISTINA ARAUJO DOS SANTOS, MARIA WILMA CASANOVA ROSA, HÉLIO YUDI KOMIYAMA, EDIMIR FONSECA RODRIGUES, LUIZ CÂNDIDO ESCOBAR, FAUSTO CARNEIRO DA COSTA FILHO, WILSON ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA (BETO MARIANO), MARCOS TADEU ENCISO PUGA e RÔMULO TADEU MENOSSEI, livres e conscientemente, integraram pessoalmente organização criminosa estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, em uma associação estável e permanente com objetivo de obter, direta e indiretamente, vantagens patrimoniais indevidas, mediante a reiterada prática de graves crimes contra a Administração Pública, federal e estadual, e a probidade administrativa, dentre os quais: fraude à legalidade e ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios, peculato, fraude para a obtenção de financiamento em instituição financeira oficial, fraude na aplicação desses recursos e corrupção passiva, delitos esses cujas penas máximas são superiores a 4 (quatro) anos.

Com efeito, parte significativa do funcionamento da referida organização criminosa restou devidamente comprovada por meio das investigações da Operação Lama Asfáltica, levada a efeito pela POLÍCIA FEDERAL, com o auxílio técnico da CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO e da RECEITA FEDERAL DO BRASIL”.

Ao tratar do núcleo político da organização criminosa, relata que:

“Edson Giroto, Secretário Estadual de Obras Públicas e de Transportes (SEOP). Auxiliava no comando e na execução do esquema. Junto à AGESUL, contava com o apoio de MARIA WILMA, Diretora-Presidente. Mantinha estreito relacionamento com JOÃO AMORIM, dono da PROTECO, e assegurava os tratamentos privilegiados/ímprobos a eles conferido pela administração de ANDRÉ PUCCINELLI”.

Quanto ao núcleo AGESUL da organização criminosa, menciona que:

“Luiz Escobar, Coordenador de Litações de Obras da AGESUL. Nessa função, como chefe desse setor, sua participação também foi decisiva para ajudar a produzir os diversos editais contendo graves ilegalidades/fraudes em benefício da PROTECO”.

Relata o Parquet que os agravantes integraram pessoalmente organização criminosa, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagens patrimoniais indevidas, mediante a prática de atos contra a probidade administrativa, consistentes na fraude à legalidade e ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios e aplicação desses recursos. Investigações da Operação Lama Asfáltica da Polícia Federal, com o auxílio de técnico da Controladoria-Geral da União e da Receita

Federal do Brasil, teriam revelado que os atos de improbidade causaram expressivos danos ao erário, imensuráveis prejuízos à sociedade e foram usados como meio de enriquecimento ilícito dos agentes.

Narra que o Relatório de Fiscalização nº 201401138 da equipe da Controladoria-Geral da União, que analisou os processos licitatórios, identificou graves ilegalidades, como irregularidades na rescisão de contrato, existência de cláusulas ilegais restritivas ao caráter competitivo, pagamento indevidos de serviços, sem a correspondente execução física e existência de débito para com o tesouro nacional, decorrente da ausência de compensação financeira integral pela permuta de área pertencente à União e doada ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Relativamente à Concorrência nº. 089/2008-CLO, diz que a CGU identificou irregularidades na rescisão do contrato nº 010/2009- PJUR, pois a justificativa apresentada pela empresa contratada não apresentava embasamento legal e a motivação dada pela procuradoria jurídica da AGESUL, que se manifestou pelo distrato amigável e convocação da segunda colocada no certame, não estava devidamente fundamentada, assim como a não aplicação da penalidade prevista na cláusula décima do Contrato OC nº. 010/2009- PJUR20 (multa de 0,5% pela inexecução injustificada do objeto no valor de R\$ 58.889,14), como previsto no inciso II do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, e da consequente declaração de impedimento de a empresa Moviterra Construções e Comércio LTDA. contratar com a Administração Pública, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, o que possibilitou a participação da mesma empresa como parte integrante do consórcio vencedor do certame posterior.

Aduz, quanto ao edital da Concorrência nº 017/2009-CLO, que a fiscalização concluiu que sua republicação permitiu a participação de Consórcio Lagoa, formado pelas empresas PROTECO CONSTRUÇÕES LTDA. e MOVITERRA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA. na licitação e que, três meses após a emissão da ordem de início dos serviços, a empresa Moviterra, com anuência da administração estadual, celebrou o distrato do consórcio e a empresa Proteco permaneceu como única executora do projeto. Diz que o órgão fiscalizador federal constatou, ainda, que ocorreu restrição ao caráter competitivo da licitação, mediante inclusão de diversas cláusulas ilegais/exorbitantes, que teriam sido inseridas com intuito de direcionar o resultado da licitação, por serem absolutamente indispensáveis, não terem amparo legal, desrespeitarem o previsto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 e terem o efeito nocivo de limitar o número de empresas em condições de participar do certame.

Diz o autor que a CGU apurou, relativamente ao objeto da Concorrência nº 017/2009, pagamentos indevidos de serviços, sem a correspondente execução física, com recursos do Contrato de Repasse nº. 0226003-02, com o prejuízo ao erário no valor de R\$ 482.170,56 e identificou a existência de débito para com o tesouro nacional no valor de R\$ 4.411.337,34, resultante da ausência de compensação financeira integral pela permuta da área de 56.618,957 m² pertencente à União e doada ao Estado de Mato Grosso do Sul para a execução do objeto do contrato de repasse, que deveria ter sido paga com recursos estaduais.

Segundo o Parquet, exames realizados pelo setor técnico-científico da Polícia Federal (Laudo nº 322/2016-SETEC/SR/DPF/MS), para determinar o superfatu-

ramento dos serviços prestados, concluiu que ocorreu o pagamento indevido do valor de R\$ 475.547,69 pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul à empresa PROTECO, decorrente pagamento de itens já contemplados na composição 31375-REG-MS-PMCG (R\$ 50.575,63) e de duplicidades de lançamentos nas composições de preços e consequente desajuste em relação aos preços de referência (R\$ 424.972,06).

Extraí-se do Relatório de Fiscalização nº 201408138 da Controladoria-Regional da União no Estado de Mato Grosso do Sul (Id. 8256320 – do feito originário), referente ao Contrato de Repasse nº 0226003-2, Convênio SIAFI nº 597683, a conclusão de que o gestor estadual, em ato discricionário, antieconômico e sem qualquer fundamentação legal, acatou a recusa da empresa MOVITERRA em executar o objeto do contrato OC nº 010/2009, relativo à Concorrência nº 089/2008-CLO, sem exigir o recolhimento de multa de 0,5% sobre o valor contratado (R\$ 58.889,14), prevista na Lei nº 8.666/93 e cláusula décima do contrato, e de declarar o impedimento de contratação com a administração pública, como prevê o artigo 87, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos, o que acarretou a realização de novo certame (Concorrência nº 017/2010-CLO) e a celebração do Contrato OC nº 293/2009 com o consórcio integrado pela empresa declinante da Concorrência nº 089/2008. Destaca que a empresa MOVITERRA, apenas três meses após a assinatura do contrato, com a anuência da AGESUL, retirou-se do consórcio responsável pela execução das obras e a empresa PROTECO permaneceu como única executora do objeto, que recebeu, como contraprestação pelos serviços, um valor com acréscimo de 40,52% acima do inicialmente contratado, em um período de 08 meses, justificado no projeto e quantitativos dos serviços da obra. O órgão fiscalizador identificou irregularidades nos procedimentos adotados pelo Estado de Mato Grosso do Sul na condução da Concorrência nº 017/2009-CLO, mediante inclusão de cláusulas exorbitantes que cercearam a participação de outras possíveis licitantes no certame e diversas falhas relativas à execução dos serviços e aplicação dos recursos federais, o que causou um prejuízo efetivo de R\$ 4.893.507,90, decorrente de pagamentos de serviços medidos, sem a correspondente execução física (R\$ 482.170,56) e ausência de compensação financeira pela permuta de área cedida pela União para a execução da obra (R\$ 4.411.337,34).

O Laudo de Perícia Criminal Federal nº 322/2016—SETEC/SR/DPF/MS, elaborado pelo setor técnico científico da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul, que teve como objeto o Processo nº 19/101.485/2009, referente à Concorrência nº 017/2009 e Contrato OC nº 293/2009-PJUR (Id. 8258334), realizado para determinar a existência de indícios de superfaturamento, atestou que foram realizados pagamentos indevidos ao Consórcio Lagoa, no valor total de R\$ 475.547,69, e apontou outras irregularidades.

Edson Giroto, na qualidade de Secretário de Obras e Presidente da AGESUL, diferentemente do alegado, participou de todo o processo de contratação, uma vez que assinou o Contrato de Repasse nº 0226.003-02/2007/MCIDADES/CAIXA, na qualidade de interveniente executor (Id. 8331694), no valor de R\$ 16.6661.847,58, documento que viabilizou a liberação da verba federal, o Contrato OC nº 010/2009-PJUR, no valor de R\$ 11.777.827,36, relativo ao Edital de Concorrência nº 089/2008, celebrado entre a AGESUL e a empresa Moviterra Construções e Comércio LTDA. (Id. 8235770 – fls. 01/04 e Id. 8235771) e o respectivo termo de rescisão (Id.

8235776 – fl. 04/05), ambos na qualidade de Secretário de Estado de Obras Públicas e de Transportes, bem como o Contrato OC nº 293/2009-PJUR, no valor de R\$ 16.550.512,89, referente ao Edital de Concorrência nº 17/2009, celebrado entre a AGESUL e o Consórcio Lagoa, constituído pelas empresas Moviterra Construções e Comércio LTDA. e Proteco Construções LTDA., a última de propriedade de João Alberto Krampe Amorim dos Santos (João Amorim), na qualidade de Secretário de Estado de Obras Públicas e de Transportes (Id. 8254824 – fls. 03/05, Id. 8254827, Id. 8254828 – fls. 01/03 e fl. 05). *Relativamente à Concorrência nº 89/2008*, autorizou os procedimentos necessários à contratação (Id. 8232777 – fl. 01), constituiu a comissão especial de licitação (Id. 8235364 – fl. 05 e Id. 8235365), autorizou os procedimentos de substituição de item do edital de licitação (Id. 8235384 – fl. 01), firmou os atestados de visita do local onde foram realizadas as obras objeto do certame (Id. 8235389 – fl. 08, Id. 8235471 – fl. 06), adjudicou o objeto licitado e homologou o procedimento licitatório (Id. 8235764 – fl. 05) e intimou a empresa Moviterra para assinatura da ordem de serviços referente ao Contrato OC nº 010/09-PJUR (Id. 8235774 – fl. 04). *Quanto à Concorrência nº 17/2009*, autorizou os procedimentos necessários à contratação (Id. 8243851 – fl. 02), constituiu as comissões especiais, responsáveis pela análise e julgamento dos procedimentos licitatórios (Id. 8243884 – fls. 07), adjudicou o objeto e homologou o procedimento licitatório – Concorrência 017/2009 (Id. 8254813 – fl. 01), assinou a Ordem de Serviços nº 551/2009 (Id. 8254830 – fl. 03), constituiu a comissão de fiscalização (Id. 8254830 – fl. 04), autorizou o pagamento das notas fiscais nº 397, no valor de R\$ 862.972,63 (Id. 8254840 – fls. 03/04), nº 008, no valor de R\$ 209.015,36 (Id. 8255052 – fls. 01/02), nº 009, no valor de R\$ 108.681,91 (Id. 8255052 – fls. 03/04), de emissão da empresa Proteco e anuiu com a dissolução do Consórcio Lagoa, formado pelas empresas Proteco e Moviterra (Id. 8254846 – fl. 01).

Verifica-se que a contratada Moviterra Construções e Comércio LTDA., após a assinatura do contrato em 14/01/2009 (Id. 8235770 e Id. 8235771) e convocação para assinatura da ordem de serviço em 21/05/2009 (Id. 8235774 – fl. 04), informou à AGESUL, em 22/05/2009, a impossibilidade de executar o objeto contratado, tendo em vista as condições contratuais relativas ao valor (Id. 8235774 – fl. 05). O contrato foi rescindido amigavelmente em 28/05/2009 (Id. 8235776 – fls. 04/05), com a anuência do agravante Edson Giroto, sem aplicação de qualquer penalidade à contratada, em desacordo com a cláusula décima do Contrato OC nº. 010/2009- PJUR20, que previa a incidência de multa diária de 0,5% (R\$ 58.889,14) pelo atraso injustificado na entrega dos serviços ou a não execução e o artigo 87 da Lei nº 8.666/93. Posteriormente, em 26/06/2009, foi publicado novo edital de Concorrência nº 017/2009 (Id. 8244053 – fls. 01/03) e o consórcio da qual a mesma empresa MOVITERRA fazia parte (Id. 8244838 – fls. 05/06 e Id. 8244842 – fls. 01/05) venceu o certame (Id. 8254813 – fls. 01/02) e, posteriormente, retirou-se do consórcio (Id. 8254841 – fl. 06 e Id. 8255056 – fls. 03/05), dissolução também autorizada pelo agravante Edson Giroto (Id. 8254846 – fl. 01), o que possibilitou à empresa Proteco Construções LTDA, de propriedade de JOÃO AMORIM (Id. 8245198), permanecer como única responsável pela execução do objeto contratado (Id. 8255059 – fls. 03/04, Id. 8255437 – fls. 03/04, Id. 8255753 – fls. 06/07, Id. 8255755 – fl. 01, Id. 8255789 – fls. 01/02, Id. 8255908 – fl. 05 e Id. 8255910 – fl. 01, Id. 8256090 – fls. 05/06, Id. 8256228 – fl. 05 e Id. 8256229 – fl. 01).

De acordo com o Relatório Circunstanciado nº 0018/15-NIP/SR/MS, elaborado pelo Núcleo de Inteligência Policial da Superintendência Regional no Mato Grosso do Sul (Id. 8310682 a Id. 8310688), o agravante Edson Giroto, ex-Deputado Federal e ex-Secretário de Estado de Obras Públicas (SEOP) em Mato Grosso do Sul, entre outros, constantemente utilizava-se do avião particular de JOÃO AMORIM (PPJJB), para passeios, trabalho (ir a Brasília) etc. e ligações telefônicas interceptadas demonstram a proximidade entre eles. O Relatório Circunstanciado, elaborado pela Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros e a Desvios de Recursos, relata que, no dia 16/04/2014, foi efetuada a abordagem e fiscalização da aeronave PHENOM 100 EMBRAER prefixo PP-JJB, de propriedade de João Amorim, e entre os passageiros encontrava-se Edson Giroto, que teria viajado na aeronave em outras oportunidades (20/02/2014 e 26/02/2014) (Id. 8310513 e Id. 8310515).

Telefonemas interceptados legalmente pela Polícia Federal, autorizados pela 5ª Vara Federal em Campo Grande, também evidenciam, pelo teor dos diálogos, ligações pessoais e vínculo existente entre JOÃO ALBERTO KRAMPE AMORIM DOS SANTOS e o agravante EDSON GIROTO, como comprovam as reproduções constantes dos Relatórios Circunstanciados RC 02 (Id. 8327421), RC 03 (Id. 8327436), RC 04 (Id. 8303753, Id. 8303650, Id. 8327687, Id. 8327426 e Id. 8327422), RC 05 (Id. 8305454 e Id. 8326946), RC 06 (Id. 8310511, Id. 8306354, Id. 8305456, Id. 8305455 e Id. 8327427) e RC 07 (Id. 8306358 e Id. 8327429), relativos à Operação denominada "Pilar de Pedra", que tinha como escopo monitorar uma organização especializada em desviar recursos públicos federais, bem como a transcrição de diálogos interceptados constantes na inicial da Ação nº 0011841- 24.2014.403.6000, como indicado pelo Autor.

Entre as provas colacionadas aos autos, cabe destacar as declarações prestadas por MARINES DE ARAUJO BERTAGNOLLI, ex-companheira de João Amorim, proprietário da empresa PROTECO, que evidenciam a existência de ligações pessoais deste com o agravante Edson Giroto, desde à época da campanha de André Puccinelli à prefeitura e que era frequente a sua presença em jantares e reuniões semanais, muitas vezes realizados na casa do seu ex-companheiro. Afirma que João Amorim era coordenador da campanha de André Puccinelli, juntamente com Eolo Ferrari e Edson Giroto, que muitos pagamentos eram efetuados a pessoas que lá compareciam em dinheiro depositado em um cofre existente em sua própria casa e que a declarante e seu ex-companheiro João Amorim faziam constantes viagens com Eolo Ferrari e Edson Giroto e as respectivas esposas. Segundo a declarante, João Amorim: "valia-se dos contatos diretos mantidos com os gestores públicos para ser beneficiado, ilicitamente, com contratos administrativos" e que desde a década de 1990 atuava nos bastidores do poder por meio de auxílio nas campanhas de André Puccinelli à prefeitura de Campo Grande para, posteriormente, em parceria com o agravante Edson Giroto, ser beneficiado com contratos junto à administração (Id. 8232891).

Há evidências de relações estreitas e pessoais entre o agravante EDSON GIROTO e JOÃO AMORIM, proprietário da empresa Proteco Construções LTDA, vencedora da Concorrência nº 017/2009-CLO, após a desistência injustificada da empresa MOVITERRA vencedora do certame anterior. Como destacado, o recorrente autorizou a rescisão do Contrato OC nº 010/2009-PJUR firmado com a Moviterra, sem aplicação de qualquer penalidade à contratada (Id. 8235776 – fls.

04/05), e concordou com a dissolução do Consórcio Lagoa (Id. 8254846 – fl. 01), atos que possibilitaram à empresa Proteco Construções LTDA, de propriedade de JOÃO AMORIM (Id. 8245198), permanecer como única responsável pela execução do contrato. Existem indícios de redirecionamento da licitação e que a empresa PROTECO, de propriedade de JOÃO AMORIM, tenha sido beneficiada. Ademais, os pagamentos indevidos de serviços apurados pela CGU e Setor Técnico-Científico da Polícia Federal, a existência de cláusulas ilegais restritivas nos editais dos certames e demais irregularidades apontadas ensejam uma análise aprofundada e detalhada, para que se possa constatar se os dispêndios foram regulares ou não, se ocorreu prejuízo ao erário e se as cláusulas reputadas ilegais restringiram o caráter competitivo das licitações.

In casu, a inicial da ação originária descreve e individualiza com clareza as condutas atribuídas ao agravante Edson Giroto e a imputação legal e indica os elementos concretos e provas que demonstram a existência de indícios suficientes acerca da autoria e materialidade dos atos ímprobos. O Relatório de Fiscalização da CGU, os laudos e relatórios elaborados pelo Polícia Federal, as declarações prestadas por MARINES DE ARAUJO BERTAGNOLLI, ex-companheira de João Amorim, proprietário da empresa PROTECO, os telefonemas interceptados legalmente pela Polícia Federal e os documentos assinados pelo recorrente, anexados aos autos, apresentam indicativos da veracidade dos fatos e do dolo do agravante, como exigido pelo artigo 17, § 6º, da LIA.

Ante a clareza dos eventos narrados no pleito ministerial e o exame dos autos, especialmente das provas anexadas, verifica-se que é impossível negar de plano a prática das condutas imputadas ao agravante Edson Giroto, razão pela qual tal conclusão não é afastada pelas razões apresentadas no agravo de instrumento, no sentido de que sua atuação decorreu do cargo que exercia, que foi acompanhada pelo corpo técnico da AGESUL e que estava lastreada em parecer jurídico opinativo exarado pela Procuradoria do órgão estadual.

Segundo o MPF, Luiz Cândido Escobar teria aderido às condutas dos demais denunciados, participado da fraude à legalidade e ao caráter competitivo dos procedimentos licitatórios Concorrência n. 089/2008-CLO-Concorrência n. 017/2009-CLO, com o objetivo de obter vantagem decorrente da adjudicação dos objetos das licitações para a PROTECO e possibilitar os desvios de dinheiro e valores públicos em proveito da empresa.

De acordo com a inicial e documentos colacionados, infere-se que o agravante Luiz Cândido Escobar era o coordenador de licitações de obras da AGESUL, exercia o cargo de chefia e confiança e foi o responsável pelo aviso de lançamento da Concorrência nº 089/2008-CLO/AGESUL (Id. 8235380, Id. 8235381 – fl. 01), aviso de licitação nº 01/2008 (Id. 8235382 – fl. 06, Id. 8235383) e aviso de resultado de licitação (Id. 8235764 – fl. 06, Id. 8235766 – fls. 01/03), bem como declarou a regularidade do processo licitatório para fins de adjudicação e homologação (Id. 8235764 – fls. 03/04). Relativamente à Concorrência nº 017/2009-CLO, foi o responsável pelo edital de licitação da Concorrência (Id. 8243887, Id. 8243890, Id. 8243893 e Id. 8243896 – fls. 01/03) e alterações (Id. 8244058 – fls. 03/05, Id. 8244061 – fls. 03/04, Id. 8244063 – fl. 07), que continham cláusulas consideradas restritivas e que teriam resultado no direcionamento em favor do Consórcio Lagoa e empresa PROTECO, pelo aviso de lançamento da licitação (Id. 8244051

– fl. 04, Id. 8244053 – fls. 01/03), aviso de licitação (Id. 8244058 – fl. 03), aviso de esclarecimentos (Id. 8244053 – fl. 04, Id. 8244055 – fls. 01/02, Id. 8244063 – fl. 07), aviso de resultado de licitação (Id. 8254813 – fls. 02/06) e declarou a regularidade do processo licitatório para fins de adjudicação e homologação (Id. 8254811 – fls. 05/06).

O artigo 1º, § 2º, da LIA, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, exige a comprovação do dolo específico, consubstanciado na: “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente” e deve estar eivado de má-fé, elemento considerado essencial. Desse modo, o ato de improbidade considerado doloso depende da consciência da ilicitude por parte do agente e do desejo de praticar o ato, ou seja, da vontade explícita e clara de lesar os cofres públicos. Caracteriza-se como ato intencional, consciente, eivado de má-fé e praticado com vontade livre e deliberada de lesar o erário, o que não se confunde com atitudes negligentes, desleixadas e imprudentes ou executadas sem cuidado ou cautela. Nesse sentido, consoante entendimento jurisprudencial, não configura dolo o comportamento negligente ou irregularidades administrativas, sem a comprovação da má-fé do acusado. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação civil pública. Pretensão direcionada a ex-prefeito do Município de Nipoã.

1. Improbidade administrativa. Gastos excessivos com combustível nos exercícios de 2014 e 2015 e falhas nas licitações realizadas para a aquisição do produto no referido período. Sentença de parcial procedência.

2. Processo licitatório realizado no ano de 2014 que não observou pesquisa de preços. Pregão Presencial efetivado no ano de 2015, cuja cotação preliminar de preços ocorreu em dia anterior à sessão pública. Prejuízo ao erário no gasto excessivo, não se falando em superfaturamento de preços. Pregões que foram regularmente publicados, havendo competição entre os interessados. *Dolo não configurado sob esse aspecto. Comportamento negligente, mas ausência de má-fé com relação às discrepâncias apontadas.*

3. Excesso de gastos com combustíveis nos anos de 2014 e 2015 comprovados. Ao menos não justificadas com fatos novos ou supervenientes. Significativa elevação de consumo que corresponde no ano de 2013 a R\$438.252,16 e passou a R\$706.140,22 em 2014 e R\$909.874,92 no ano de 2015. Alegação no sentido de que houve aumento da frota, o que justificaria a elevação dos gastos. Inocorrência. Municipalidade que possuía 41 veículos no ano de 2014 e passou a ter 44 veículos em 2015, quantia insuficiente para justificar o consumo excessivo no importe de R\$98.317,82. Situação que foi identificada pelo Tribunal de Contas, que alertou o ex-Prefeito em diversas oportunidades acerca do gasto desordenado com combustível.

4. Controle de percurso e quilometragem de parte da frota que vinha sendo realizado e que poderia ter sido observado com relação aos demais veículos públicos. Laudo elaborado pelo CAEX que apontou ausência no controle de abastecimentos, de quilometragem e horas de uso.

5. Desvio de finalidade evidenciada. Dever indissociável da função pública exercida, que nasce da própria Carta Constitucional, das Leis nº 8.429/92 e 4.320/64. Responsabilidade que recai sobre o gestor da Municipalidade que tem o dever de zelar pelo dinheiro público, inerente à sua função o controle e fiscalização das contas desembolsadas sob o seu mandato. *Negligência configurada no trato do dinheiro público. Despreparo na condução da faina do cargo.*

6. Violação ao artigo 10, inciso X, da Lei nº 8.429/92. Ato de improbidade administrativa caracterizado de forma culposa. Redação originária.

7. *Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º, §4º estabelece ao sistema de improbidade a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Retroatividade da norma mais benéfica, por disposição específica da mesma (art. 1.º §4.º). Supressão das modalidades culposas. Atos de improbidade administrativa somente dolosos, não verificados na espécie. Ausência de má-fé no trato com o dinheiro público ou obtenção de vantagem. Negligência durante a gestão.*

8. Sentença reformada. Decreto de improcedência da ação. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1001594-31.2019.8.26.0369; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Monte Aprazível - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/11/2021; Data de Registro: 10/11/2021) [ressaltado]

PROCESSO CIVIL – Entrada em vigor da Lei 14.230/21 - Aplicação as ações em andamento - Inteligência de seu artigo 1º, § 4º - Direito Administrativo Sancionador. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade Administrativa - Contas desaprovadas pelo TCE no período compreendido entre 2000 e 2005 - Repasse de duodécimos ao Legislativo além do limite permitido e inexistência de segregação contábil do FUSSBE que, *embora constituam irregularidades administrativas não são condutas aptas a justificar a aplicação da LIA – Ausência de dolo – Artigo 1º, § 1º da Lei 14.230/01 - Improbidade administrativa não configurada – Precedentes - R. sentença mantida. Recurso improvido*

(TJSP; Apelação Cível 0005734-58.2010.8.26.0655; Relator (a): Carlos Eduardo Pachy; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Várzea Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021) [ressaltado]

O MPF afirma que Luiz Cândido Escobar integrava a organização criminoso e teria participado da fraude à legalidade e ao caráter competitivo dos certames, contudo não apresenta ou indica nenhuma prova nesse sentido, como exigido pelo § 6º, incisos I e II, da LIA, segundo o qual a inicial: *"deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada"* e *"será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado"*. Na inicial não está mencionado que o recorrente recebeu vantagem indevida pelos atos a ele imputados. Não existem provas de ligação de proximidade dele com o agravante EDSON GIROTO ou JOÃO ALBERTO KRAMPE AMORIM DOS SANTOS, proprietário da empresa PROTECO, que teria sido beneficiada com o direcionamento do resultado do certame. Luiz Cândido, diferentemente de Edson Giroto, não utilizava, ao que tudo indica, a aeronave de propriedade de João Amorim, não é mencionado nos Relatórios Circunstanciados RC 02 (Id. 8327421), RC 03 (Id. 8327436), RC 04 (Id. 8303753, Id. 8303650, Id. 8327687, Id. 8327426 e Id. 8327422), RC 05 (Id. 8305454, Id. 8305452, Id. 8327424 e Id. 8326946), RC 06 (Id. 8310511, Id. 8306354, Id. 8305456, Id. 8305455 e Id. 8327427) e RC 07 (Id. 8306358 e Id. 8327429), relativos à operação denominada "Pilar de Pedra", que tinha como escopo monitorar uma organização especializada em desviar recursos públicos federais e que contém a transcrição de interceptações telefônicas autorizadas pela 5ª Vara Federal em Campo Grande, não é um dos interlocutores das ligações interceptadas e seu nome sequer é citado nos diálogos transcritos.

Verifica-se que os editais de responsabilidade do agravante Luiz Cândido Escobar, coordenador de licitações de obras da AGESUL, apresentam, em princípio, inúmeras ilegalidades, como apurado pela CGU. Entretanto, não está evidenciado o dolo, má-fé ou erro intencional do recorrente ou que tenha se beneficiado do suposto redirecionamento do resultado da licitação, o que afasta a caracterização do ato de improbidade, como prevê o § 1º do artigo 17-C da LIA, segundo o qual: *"A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade"*. Os atos praticados podem configurar a conduta negligente e culposa e evidenciar a existência de irregularidades administrativas, mas não autorizam a aplicação da LIA. Nessa acepção, destaca-se:

Voto: *"Observe-se, por fim, que não há prova de dolo, elemento subjetivo essencial para a configuração da improbidade administrativa, conforme dispõe a Lei 8.429/92, com a redação dada pela Lei 14.230/2021, que comporta aplicação retroativa por seu caráter sancionatório e por beneficiar o réu"*

(TJSP; Apelação Cível 1009601-46.2019.8.26.0099; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/11/2021; Data de Registro: 16/11/2021). [ressaltado]

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. FRAUDE AO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA. GERENTE-GERAL. OMISSÃO. NEGLIGÊNCIA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. LEI 14.230/2021. SUPERVENIÊNCIA. RETROATIVIDADE DA NORMA ADMINISTRATIVA DE CARÁTER SANCIONADOR. EXCLUSÃO DA OMISSÃO. PROVIMENTO.

1. A Lei de Improbidade Administrativa visa dar máxima proteção ao princípio da moralidade administrativa combatendo a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas a expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade.

2. Tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 1992, como a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 CRFB/1988, em seu art. 5º, inciso XL, garantem a retroatividade da lei de natureza sancionatória punitiva como no caso dos atos que configuram improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário.

3 O Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp 1.153.083-MT, relatora Ministra Regina Helena Costa, de 06/11/2014, também afirma a retroatividade da lei de natureza sancionatória além do direito penal, enquanto princípio do direito sancionatório.

4. A Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, ao alterar e dar nova redação ao caput do art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, expressamente excluiu a ação culposa do agente enquanto ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, permanecendo apenas qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas

5. O apelante José Humberto Pereira foi condenado porque teria agido com omissão e negligência da função de gerente da agência bancária e, com isso, permitido

ou contribuído para a prática dos reiterados atos de improbidade administrativa pelos quais seu subordinado teria lesado o erário com reiterados saques do Programa Bolsa Família com uso de senhas previamente cadastradas.

6. *A imputação toda desde a investigação até a instrução processual foi única e exclusiva com fundamento na ação culposa do apelante, que se descuidou em seu dever de cuidar para evitar as fraudes, sem o seu conhecimento, em típica ação culposa que doravante, com a Lei 14.230/2021, não são mais passíveis de punição enquanto ato de improbidade administrativa.*

7. Provimento da apelação de José Humberto Pereira para julgar improcedentes os pedidos em razão da retroatividade benéfica da Lei 14.230/2021, que excluiu a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa que causar prejuízo ao erário previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992”.

(TRF 1ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0002724-39.2006.4.01.3803, Rel. JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO (CONV.), PJe 04/04/2022 PAG.) [ressaltado]

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Dispensa de licitação - Contratações diretas realizadas no exercício de 2006 pela EMDHAP em favor de diversas empresas, que atingiram o total de R\$ 1.007.934,65 - Montante negociado que ultrapassa em muito o limite permitido dos incisos I e II do art. 24 da lei nº 8.666/93 – *Dispensa de licitação indevida – Dano ao erário presumido – Inteligência do artigo 10 inciso VIII da Lei nº 8.429/92 - Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º § 4º determina a aplicação, no sistema de improbidade, dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador - Retroatividade da norma mais benéfica - Supressão do dano presumido constante na antiga redação do citado artigo 10 inciso VIII da Lei nº 8.429/92* – Sentença reformada para julgar improcedente o pedido inicial – Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 3010759-26.2013.8.26.0451; Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/12/2021; Data de Registro: 15/12/2021) [ressaltado]

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONDUTA ÍMPROBA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, nos autos de ação civil pública de improbidade administrativa, deixou de receber a inicial em relação aos agravados, pela ausência de demonstração de eventual ato doloso de improbidade administrativa.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabelece que existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público (STJ, AGARESP 691.459/SC, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJE de 03/02/2016).

3. De outro lado, o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, estabelece que o juiz, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

4. Não se verificam nos autos indícios da prática de ato de improbidade administrativa por parte dos agravados, o que, a teor do § 8º, art. 17, da Lei 8.429/92, autoriza a rejeição liminar da ação.

5. A gravo de instrumento não provido.
(AG 1044021-44.2021.4.01.0000, JUIZ FEDERAL MARLLON SOUSA (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, PJe 28/04/2022 PAG.)

Acrescenta-se que o § 3º do artigo 1º da LIA exclui de responsabilização: “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa”. A jurisprudência, anterior às alterações legislativas, já reconhecia que a lei de improbidade não tem como finalidade a punição do inábil, mas do desonesto, corrupto e daquele que age com má-fé:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DOSIMETRIA. SANÇÃO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA “C”. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 7/STJ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

(...)

7. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

8. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, que se caracterize a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

(...)

13. Recurso Especial de Ione Freire Bezerra parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. Recurso Especial de Josafá Augusto de Lima não conhecido. (STJ, REsp 1605125/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS, ESPECIALMENTE O DA LEGALIDADE. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REALIZADO SEM A COMPLETA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. FALTA DE PLANILHA DE PREÇOS. PEDIDO INICIAL QUE SEQUER APONTA A OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO NEM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE. CAPITULAÇÃO DO FATO EXCLUSIVAMENTE NA REGRA DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. MERA IRREGULARIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECE A INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E DE QUALQUER INTENÇÃO NO MALFERIMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DAS PREMISSAS ADOTADAS NO ARESTO. MERO DESATENDIMENTO A UM PRINCÍPIO (NO CASO, O DA LEGALIDADE), SEM QUALQUER DEMONSTRAÇÃO DO DOLO, MESMO NA SUA ACEPTÃO DE DOLO GENÉRICO. PROVIMENTO DOS RECURSOS.

1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico.

2. O acórdão recorrido, embora repita que houve o cometimento de ato de improbidade, consigna, sem nenhum constrangimento, que não houve: a) má-fé;

b) intenção (elemento subjetivo) de frustrar a competitividade do certame; c) malferimento ao princípio da isonomia; e d) dano ao erário (até porque esse não foi fundamento do pedido inicial). E, para concluir pelo alegado cometimento da improbidade administrativa, assenta, de forma literal, conforme acima já exposto, que tal ocorre pela mera afronta ao princípio da legalidade, porquanto o fato de não terem tido os recorrentes a intenção, “por si só, não tem o condão de afastar a responsabilidade dos recorridos por suas condutas omissivas conscientes de que não podiam dar cabo daquela Tomada de Preços, em face da ilegalidade nela existente”.

3. Na esteira da lição deixada pelo eminente e saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do 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 evitada de culpa grave, nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011).

4. Ora, a admitir-se a conclusão do aresto impugnado, somente não seria improbidade administrativa um mero fato descumpridor de determinado princípio constitucional, quando a conduta do agente estivesse acobertada por alguma excludente típica do Direito Penal. Dito de outro modo: apenas a atuação inconsciente e involuntária (hipótese mesmo de um não ato), em uma típica expressão do Direito Penal pátrio (tomada de empréstimo para o Direito Administrativo), é que não configuraria um ato de improbidade. Expandindo-se o argumento, poder-se-ia dizer que qualquer nomeação feita por determinado agente público que viesse a ser invalidada, no futuro, por descumprimento de um requisito legal, seria ipso facto, consoante a decisão recorrida, um ato de improbidade, visto que a nomeação somente poderia ter-se dado por um ato consciente e voluntário.

5. Ademais, é sabido que meras irregularidades não sujeitam o agente às sanções da Lei n. 8.429/1992. Precedente: REsp 1.512.831/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

6. “Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [...] Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014” (REsp 1.508.169/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

7. Recursos especiais conhecidos e providos, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau.

(REsp 1573026/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 17/12/2021)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RETARDAR OU DEIXAR DE PRATICAR ATO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE RESPOSTA A REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO MPF.

INEXISTÊNCIA DE CONDUTA ÍMPROBA. HONORÁRIOS EM FACE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. COBRANÇA INDEVIDA. PROVIMENTO PARCIAL.

I - Para a configuração do ato de improbidade é necessária a demonstração do elemento subjetivo consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e ao menos pela culpa, nas hipóteses do artigo 10, eis que o ato ímprobo, mais do que ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com a Administração e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave evidenciadora de má-fé para que se possa configurar.

II - *A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo, sendo que a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor ou do agente público.*

III - *"Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do 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 eivada de culpa grave, nas do artigo 10."* (STJ - AIA 30/AM).

IV - O contexto fático-probatório, contido na inicial e seus documentos, não é suficiente para comprovar a prática de ato de improbidade.

V - Já se encontra sedimentado na jurisprudência o entendimento, segundo o qual, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios ou custas somente será devida nas hipóteses em que este for considerado litigante de má-fé.

VI - Apelação parcialmente provida, para a exclusão da condenação do apelante ao pagamento de honorários advocatícios.

(TRF1, AC 0003942-04.2008.4.01.3813, DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 08/06/2016 PAG.) [ressaltado]

Assim, nos termos da fundamentação e dos precedentes mencionados justifica-se a reforma parcial decisão recorrida, para rejeitar a inicial com relação ao agravante Luiz Cândido Escobar, com fundamento no artigo 17, § 6º-B, da LIA.

IV - DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para rejeitar a inicial com relação ao agravante Luiz Cândido Escobar, nos termos da fundamentação.

É como voto.

AGRAVO EM AÇÃO RESCISÓRIA

5020629-50.2021.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: BENEDICTO FERNANDES CARDIA
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DENILSON BRANCO
Disponibilização do Acórdão: DJEN 29/07/2022

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTERRUPTÃO PELA AÇÃO COLETIVA AFORADA ANTERIORMENTE À AÇÃO INDIVIDUAL. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DO V. ACÓRDÃO RESCINDENDO. SÚMULA 343 DO STF. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS visando à rescisão de julgado que fixou a prescrição quinquenal a partir da data do ajuizamento da ação civil pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183.

2. A decisão agravada deixou claro que à época da prolação do V. Acórdão rescindendo, em 31.01.2007 - ID 186143521, fl. 23 -, a matéria em debate ainda era controvertida nos Tribunais Regionais Federais de praticamente todas as regiões, bem como no próprio STJ, que afetou o Tema 1005 apenas em 07.02.2019, circunstância a consolidar o entendimento pela aplicação da Súmula 343 do STF.

3. Esclareceu, ademais, que ainda que a jurisprudência majoritária, inclusive, do C. STJ e desta E. Corte Regional da 3ª Região, já estivesse mais direcionada no sentido da impossibilidade de o ajuizamento de ação civil pública gerar a interrupção da prescrição na ação individual, não há dúvida de que o próprio STJ, ao afetar a matéria, deixou claro ainda haver divergência de entendimento acerca do tema em âmbito nacional, máxime ao reconhecer a existência de 251 (duzentos e cinquenta e um) recursos especiais sobre essa mesma matéria, grande parte deles advindos do E. TRF da 4ª Região, circunstância também a justificar a aplicação ao presente caso da Súmula 343 do STF.

4. Dessa forma, resta claro o efeito infringente visado pelo agravante, ao não se conformar com os fundamentos da decisão agravada, os quais estão muito bem detalhados no corpo da decisão, devendo o recorrente, dessa forma, valer-se do meio recursal cabível à rediscussão da tese jurídica aqui adotada.

5. Ação rescisória julgada improcedente. Agravo interno do INSS improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS, em face de decisão monocrática deste Relator, que, com fundamento no artigo 332, inciso II, do CPC/2015, julgou improcedente o pedido de rescisão do julgado.

Aduz a autarquia agravante que a presente ação rescisória visa rescindir acórdão que determinou contagem da prescrição pelo marco da ação civil pública, e não pela ação individual do segurado, que não aderiu à ação coletiva; que não se aplica ao caso a Súmula 343 do STF e Súmula 83 do STJ; que a questão foi afetada pelo STJ no Tema 1005, com determinação de suspensão de todos os processos relacionados; que a decisão rescindenda foi proferida após consolidação da jurisprudência do STJ quanto ao tema.

Alega, ainda que, “o fato do C. STJ ter afetado o tema para julgamento pelo rito dos recusos repetitivos (Resp. 1.761.874/SC; 1.766.553 e 1.751.667) não significa, necessariamente, que o tema seja controvertido no Tribunal Superior, apenas que ainda não havia sido decidido pela sistemática prevista no art. 1036 e ss do CPC, resolução de casos repetitivos nos termos do art. 928 do CPC. Até porque não é requisito para a afetação de recurso repetitivo a existência de divergência jurisprudencial. Ao contrário, conforme disposto no art. 1036 do Código de Processo, “sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção”.

Requer, pois, o provimento do agravo, a fim de ser determinado o prosseguimento da ação rescisória.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O agravo deve ser improvido, pois as alegações do INSS estão em dissonância com o entendimento que vem sendo adotado por esta C. Terceira Seção.

Transcrevo a decisão monocrática agravada, “verbis”:

“Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS em face de BENEDICTO FERNANDES CARDIA, visando à rescisão de julgado desta E. Corte, transitado em julgado em 03.11.2020 - ID 186143523, fl. 11 -, que fixou a prescrição quinquenal a partir da data do ajuizamento da ação civil pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183.

Aduz a autarquia violação manifesta de norma jurídica pelo julgado rescindendo, porquanto a r. decisão rescindenda fixou como marco interruptivo da prescrição quinquenal o ajuizamento da ação civil pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183, em manifesta violação à legislação de regência, em especial ao artigo 104 da Lei nº 8.078/90, que consagra a independência entre as ações coletivas e individuais, de maneira que, ajuizada a ação individual, o resultado obtido na ação coletiva ou civil pública não há de beneficiar ou prejudicar o autor da ação individual.

Dessa forma, baseado em precedentes jurisprudenciais, inclusive, do E. STJ, aduz o INSS violação manifesta de norma jurídica pelo r. julgado rescindendo, argu-

mentando estarem prescritas as parcelas anteriores aos cinco anos que precederam o ajuizamento da ação originária, nos exatos termos do art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91, combinado com art. 219, §º, do Código de Processo Civil e art. 202, I, do Código Civil.

Requer, pois, a antecipação da tutela, a fim de suspender parcialmente o cumprimento da sentença nos autos originários, até final julgamento desta ação rescisória. E, ao final, seja julgada procedente esta ação, a fim de ser declarada a impossibilidade de a prescrição quinquenal retroagir a 05.05.2006, ou seja, aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação coletiva supracitada, distribuída aos 05.05.2011.

É o breve relatório.

Decido.

A presente ação rescisória é manifestamente improcedente.

Dispõe o artigo 332 do Código de Processo Civil/2015:

"Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos*" - grifei.

Com efeito, relativamente à tese trazida a esta ação rescisória pelo INSS, verifico que o C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento datado de 07.02.2019, determinou a suspensão nacional da tramitação de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre o tema aqui em discussão, conforme Tema/Repetitivo 1005, "verbis":

"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".

Referido Tema 1005 apenas em 23.06.2021 foi julgado por aquela Corte Superior. Ora, se a matéria em questão estava até recentemente ainda em debate perante o C. STJ, que determinara, inclusive, a suspensão nacional de todos os processos relacionados a esse tema, é porque, por óbvio, possuía manifesta controvérsia jurídica, que somente veio a ser pacificada nacionalmente após decisão final, que foi dirimida por aquela C. Corte Superior, ao fixar a seguinte tese:

"Na ação de conhecimento individual, proposta com o objetivo de adequar a renda mensal do benefício previdenciário aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003 e cujo pedido coincide com aquele anteriormente formulado em ação civil pública, a interrupção da prescrição quinquenal, para recebimento das parcelas vencidas, ocorre na data de ajuizamento da lide individual, salvo se requerida a sua suspensão, na forma do art. 104 da Lei 8.078/90."

Com efeito, é cediço que algumas Cortes Federais, entre elas, trago precedentes dos Tribunais Regionais Federais da Primeira, Quarta e Quinta Regiões, e *também desta E. Corte Regional*, vinham aplicando, na época do julgamento da ação subjacente, entendimento diverso do consignado pelo STJ e pela TNU, conforme se verifica nos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - 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. II - 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. III - Considerando que no caso dos autos, 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 seu salário de benefício pelos índices oficiais de reajuste dos benefícios previdenciários. IV - 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. V - *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.* VI - *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.* VII - 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. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009. VIII - Ante o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, a teor do disposto no artigo 85, § 11, do CPC de 2015, base de cálculo da verba honorária fica majorada para as diferenças vencidas até a presente data, conforme o entendimento desta 10ª Turma. IX - Preliminar rejeitada. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, improvidas. (TRF 3ª Região, Apelação cível nº 0001025-45.2016.4.03.6183, Rel. Des. Fed. SÉRGIO NASCIMENTO, 10ª TURMA, julgado em 06.03.2018, v.u) - grifei.

"PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REVISÃO. PENSÃO POR MORTE. NOVOS TETOS PREVIDENCIÁRIOS. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 E NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INSS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Não se aplicam às revisões de reajustamento e às estabelecidas em dispositivo legal, os prazos de decadência de que tratam os arts. 103 e 103-A da Lei 8.213, de 1991.

- *Propositura da Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183 interrompe o prazo prescricional quinquenal.*

- Readequação da renda mensal inicial adotando-se o novo teto constitucional previsto na Emenda Constitucional nº 20/98 e na Emenda Constitucional nº 41/2003.

- *Pensão por morte da parte autora concedida inicialmente com salário-de-benefício no valor de NCz\$ 4.222,28, revisado administrativamente pelo art. 144 da Lei nº 8.213/91, período do buraco negro para o valor de NCz\$ 17.008,29 (NCz\$ 408.198,92 / 24), mas limitado ao teto vigente à época no valor de NCz\$ 15.843,71, em fevereiro de 1990, e aplicado o coeficiente de cálculo de 100%, resultando no mesmo valor, de maneira 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, aplicando-se os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário 564354/SE, realizado na forma do artigo 543-B do Código de Processo Civil.*

(...)

- Preliminares rejeitadas. Reexame necessário e apelação do INSS desprovidos. Apelação da parte autora provida."

(TRF-3ªR., ApReeNec nº 0008950-63.2014.4.03.6183, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaiá, v.u., j. 12/12/2017, DJe 19/12/2017) - grifei.

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. COISA JULGADA. REVISÃO. TETO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003.

(...)

3. A discussão da aplicação dos limites das ECs n. 20/98 e n. 41/2003 diz respeito ao estabelecimento de critérios de evolução da renda mensal e não ao recálculo da renda mensal inicial ou de qualquer critério pertinente ao ato de concessão do benefício. Logo, não se aplica na hipótese a decadência.

4. Consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5.º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência estabelecido antes do advento das alterações constitucionais.

5. *O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal também se aplica aos benefícios concedidos no interstício designado por 'buraco negro' (05/10/88 a 04/04/91), visto que a decisão não estabeleceu diferenciação entre os benefícios em manutenção com base na data de concessão.*

6. *Em regra, a prescrição é quinquenal, contado o prazo concernente a partir da data do ajuizamento da ação. Sem embargo, restam ressalvadas as situações em que a ação individual é precedida de ação civil pública de âmbito nacional. Nessas hipóteses, a data de propositura desta acarreta a interrupção da prescrição.*

7. 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, enquanto pendente, no Supremo Tribunal Federal, decisão sobre o tema com caráter geral e vinculante. Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região."

(TRF-4ªR., AC nº 5038101-62.2016.4.04.7000, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Taís Schilling Ferraz, v.u., j. 11/10/2017) - grifei.

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO SERVIÇO. DIB 26/08/1989. LIMITAÇÃO AO TETO. ALTERAÇÃO PELAS EC Nº. 20/98 E EC Nº. 41/2003. READEQUAÇÃO AO VALOR DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS PELO SEGURADO. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO. RESOLUÇÃO Nº. 151/2011-INSS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DECISÃO DO STF. REPERCUSSÃO GERAL (RE 870947/SE). ÍNDICE DE CORREÇÃO. INAPLICABILIDADE DA TR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1 - Apelações contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido do autor condenando o INSS a revisar o benefício de aposentadoria com aplicação

dos novos valores dos tetos fixados pelas EC nº 20/98 e nº 41/03, bem como pagar as diferenças devidas, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidas de juros de mora e correção monetária, de modo que, no período compreendido entre a data inicial de vigência da Lei nº 11.960/2009 e o dia 25/março/2015, essa deverá ser calculada com base na TR e, a partir da referida data, com base no IPCA-E; e aqueles incidentes sobre o valor a ser restituído, deverão ser observadas as disposições do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Em face da sucumbência recíproca, os honorários advocatícios foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico obtido demanda, para as partes, conforme CPC, art. 85, parágrafo 2º.

(...)

3- O STF, ao julgar o RE 564.354/RE, entendeu que a aplicação dos tetos acima referidos (EC nºs. 20/98 e 41/2003) aos benefícios previdenciários concedidos antes da vigência das citadas emendas constitucionais não se refere a aumento ou reajuste do benefício, mas, sim, de readequação de valores. Tal entendimento passou a ser reconhecido, recentemente, como de repercussão geral, inclusive não houve ressalva sobre qualquer limitação temporal à aplicação dos novos tetos.

(...)

5 - *Caso em que a contadoria do Juízo informou que o benefício de aposentadoria do requerente foi limitado ao teto do salário-de-benefício no momento de sua concessão (26/08/1989), e que o seu pleito vestibular se ajusta ao entendimento perfilhado pelo STF. Desta forma, faz jus a parte autora à revisão de seu benefício previdenciário para se adequar aos novos tetos previstos pelas EC nº 20/98 e nº 41/2003, bem como o pagamento das diferenças devidas.*

6 - *O marco interruptivo da prescrição é a data do ajuizamento da ACP - Ação Civil Pública nº. 0004911-28.2011.4.03.6138, em 05.05.2011, ficando prescritas apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio que precedeu ao ajuizamento da referida ACP, nos termos da Resolução nº. 151/2011-INSS, ressalvado o entendimento deste Relator.*

(...)

9 - Apelação do INSS improvida.

10 - Apelação do particular provida, no tocante à prescrição, correção monetária e honorários."

(TRF-5ªR., AC nº 0801799-82.2015.4.05.8200, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto, v.u., j. 19/10/2017) - grifei.

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. LIMITAÇÃO AO TETO PREVISTO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. READEQUAÇÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 14 DA EC 20/98 E DA EC 41/2003. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 564.354. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Inaplicável, no caso, o instituto da decadência, considerando que a ação não se refere à revisão do cálculo da renda mensal inicial do benefício previdenciário, mas tão-somente à readequação dos valores dela resultantes (RMI), aos novos tetos limitadores estabelecidos pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003. 2. *No que toca a interrupção da prescrição pelo ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183, intentada para assegurar aos aposentados, em âmbito nacional, a readequação da renda de seus proventos aos tetos das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003, o STJ, 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. Diante disto, esta Câmara firmou o entendimento de que o marco para a contagem da*

prescrição das parcelas vencidas deve tomar em conta a data do ajuizamento da precedente Ação Civil Pública, e não a data da ação individual (vide AC nº 0010529-19.2014.4.01.3300, j. 19/04/2016, relator conv. Juiz Cristiano Miranda). [...] (0025492-95.2015.4.01.3300 00254929520154013300 Classe APELAÇÃO CIVEL (AC) Relator(a) JUIZ FEDERAL SAULO JOSÉ CASALI BAHIA Origem TRF - PRIMEIRA REGIÃO Órgão julgador 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DA BAHIA Data 01/06/2018 Data da publicação 12/07/2018) - grifei.

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DOS TETOS ESTABELECIDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003. JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO PELA AÇÃO COLETIVA ANTERIORMENTE AFORADA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/2009. APLICAÇÃO DA TESE APROVADA PELO STJ. 1. Não há que se falar em remessa oficial, pois a sentença, proferida sob a égide do atual CPC, fundamentou-se em decisão STF, exarada sob a sistemática dos recursos repetitivos. Aplicabilidade do art. 496, §4º, II, do CPC/2015. 2. Quanto à adequação da renda do benefício aos novos tetos, não há que se pensar em decadência, pois a natureza da causa é declaratória/condenatória, e não desconstitutiva. Portanto, incabível a pronúncia da decadência, pois nas relações em que se busca tutela de conteúdo condenatório, incide somente a prescrição. 3. O que releva notar, em tema de prescrição, é se o procedimento adotado pelo titular do direito subjetivo, ou por outrem que o represente, denota, de modo inequívoco e efetivo, a cessação da inércia em relação ao seu exercício. Em outras palavras, se a ação proposta, de modo direto ou virtual, visa à defesa do direito material sujeito à prescrição. *No caso, o marco inicial da interrupção da prescrição retroage à data do ajuizamento da precedente Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183, intentada para assegurar aos aposentados, em âmbito nacional, a readequação da renda de seus proventos aos tetos das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003. Tese reafirmada por esta Câmara, quando do julgamento da AC nº 0000197-04.2016.4.01.3306, em sessão do dia 22/09/2017.* 4. No julgamento do RE n. 564.354/SE, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de se aplicar as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, no tocante à fixação dos novos valores para os tetos dos benefícios previdenciários. E, por sinal, quando do julgamento do RE 937595, a Suprema Corte esclareceu que o julgamento anteriormente proferido no RE 564354 não impôs limite temporal. Assim, para que tenham direito à readequação da renda de seus benefícios aos novos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, basta a prova da limitação, tal como demonstram os documentos anexados aos autos. 5. Reconhecimento do direito à repercussão das Emendas nº 20/1998 e 41/2003, nos moldes do quanto decidido pelo STF no julgamento do RE 564354. Necessidade de se apurar as diferenças devidas na fase de cumprimento da sentença. 6. Tal como disposto no REsp 1492221/PR, julgado sob o regime de recursos repetitivos, as condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). 7. Os honorários, a cargo do INSS, não devem ser majorados para 10% do valor da condenação, ante a pequena complexidade da causa, hoje tranquilamente assentada pela jurisprudência que se formou sobre o assunto. 8. Apelação do INSS desprovida. Apelação da parte autora parcialmente provida

para modificar a disciplina da prescrição. Diante da sucumbência integral do INSS nesta instância, os honorários que lhe foram imputados ficam majorado em 1%, nos termos do §11 do art. 85 do CPC/2015. (TRF1 – Primeira Câmara Regional Previdenciária da Bahia – Apelação Cível 00146898720144013300 - Relator: JUIZ FEDERAL CRISTIANO MIRANDA DE SANTANA – data de julgamento: 17/08/2018 - data de publicação: 14/09/2018) - grifei.

Citem-se, ainda, nesse exato sentido, julgados do E. TRF da 4ª Região - citados pela Ministra Assusete Magalhães em seus votos nos autos dos Resp 1761874/SC, 1766553/SC e 1751667/RS -, os quais serviram de paradigma para que o C. STJ afetasse a matéria, conforme Tema 1005, o que se deu em 07 de fevereiro de 2019, *data posterior ao trânsito em julgado no feito subjacente*, circunstância a consolidar o entendimento de que a matéria ainda era controvertida na época do julgamento da ação originária.

Nesse diapasão, aliás, para respaldar a afetação da matéria em âmbito nacional, a eminente Ministra Assusete Magalhães destacou em seu voto, nos autos do Resp nº 1.761.874/SC, “verbis”:

“[...] Por outro lado, consoante registrou o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, a matéria em debate neste processo ainda não foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, e “apresenta expressivo potencial de multiplicidade, como comprovam diversos julgamentos proferidos pelas turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, possuindo, ainda, indicação de uniformidade de entendimento perante esta Corte. Cito, a título ilustrativo, os seguintes julgados: AgInt no REsp n. 1.646.669/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 28/6/2018; AgInt no REsp n. 1.645.952/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 16/5/2018; AgInt no REsp n. 1.668.595/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 27/2/2018; REsp n. 1.711.990/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 2/8/2018; REsp n. 1.740.410/RS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 8/6/2018; AgInt no REsp n. 1.627.940/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 21/3/2018; e AgInt no AREsp n. 1.175.602/ES, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 20/3/2018. *Quanto ao aspecto numérico, mesmo não tendo sido consignado na decisão de admissibilidade o quantitativo de processos sobrestados na origem, registro que o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do STJ, no acompanhamento da autuação de processos nesta Corte Superior no período de 2 de julho de 2018 a 31 de julho de 2018, identificou, pelo menos, 251 recursos especiais admitidos pela Vice-Presidência do TRF da 4ª Região em hipótese idêntica a destes autos*” (fls. 306/307e). Verifica-se, assim, que o presente feito encontra-se apto para ser afetado à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 c/c art. 256-I e seguintes do RISTJ” - grifei.

Importante destacar que a hipótese tratada nos autos supra - Resp nº 1.761.874/SC -, bem como nos outros dois recursos especiais citados, recebidos como representativos da controvérsia, era, exatamente, a questão relativa ao acolhimento pelo E. TRF da 4ª Região da tese no sentido de que o ajuizamento da ação civil pública tem o condão de interromper a prescrição para a cobrança dos valores atrasados na ação individual, conforme consignado pela eminente Ministra, deixando claro que os recursos especiais admitidos pela Presidência do TRF4 continham tese idêntica daqueles autos, cuja ementa do acórdão proferido por aquele Tribunal (TRF4) foi no seguinte sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. RECUPE-

RAÇÃO DOS EXCESSOS DESPREZADOS NA ELEVAÇÃO DO TETO DAS ECS 20 E 41. COMPLEMENTAÇÃO. LEGITIMIDADE. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Pleno do STF, por ocasião do julgamento do RE nº 564.354, no dia 08 de setembro de 2010, reafirmou o entendimento manifestado no Ag. Reg. no RE nº 499.091-1/SC, decidindo que a incidência do novo teto fixado pela EC nº 20/98 não representa aplicação retroativa do disposto no artigo 14 daquela Emenda Constitucional, nem aumento ou reajuste, mas apenas readequação dos valores percebidos ao novo teto. Idêntico raciocínio deve prevalecer no que diz respeito à elevação promovida no teto pela EC nº 41/2003. 2. Mesmo percebendo complementação de proventos, possui o segurado interesse processual para pleitear o recálculo da RMI do benefício, pois é direito seu o correto pagamento da parcela de responsabilidade do INSS. A relação mantida pelo segurado com a entidade de previdência privada não altera as obrigações do INSS para com o beneficiário, o qual possui direito também aos atrasados existentes. Precedente desta Terceira Seção. 3. Uma vez que se trata de reajustamento do benefício em virtude de alterações do teto de contribuição decorrentes da Lei nº 8.213/91 e de Emendas Constitucionais, a pretensão não se refere à revisão do ato de concessão, pois não altera o cálculo inicial do benefício. Assim, não há decadência a ser pronunciada. 4. *Em regra, a prescrição é quinquenal, contado o prazo concernente a partir da data do ajuizamento da ação. Sem embargo, restam ressalvadas as situações em que a ação individual é precedida de ação civil pública de âmbito nacional. Nessas hipóteses, a data de propositura desta acarreta a interrupção da prescrição* (fl. 222e).

Portanto, ainda que a jurisprudência majoritária, inclusive, do C. STJ e desta E. Corte Regional da 3ª Região, já estivesse mais direcionada no sentido da impossibilidade de o ajuizamento de ação civil pública gerar a interrupção da prescrição na ação individual, não há dúvida de que *o próprio STJ, ao afetar a matéria, deixou claro haver divergência de entendimento acerca do tema em âmbito nacional, máxime ao reconhecer a existência de 251 (duzentos e cinquenta e um) recursos especiais sobre essa mesma matéria*, grande parte deles advindos do E. TRF da 4ª Região, circunstância a justificar, segundo entendo, a aplicação ao presente caso da Súmula 343 do STF.

Com efeito, dispõe a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, "in verbis": "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."

Assim, possível concluir-se que a r. decisão rescindenda não veiculou interpretação absolutamente errônea da norma regente da matéria, não configurando violação à literal disposição de lei a mera injustiça ou o entendimento contrário ao defendido pelo INSS, parte autora da presente demanda, de forma que a Autarquia Previdenciária está se valendo da presente ação rescisória para reabrir uma discussão amplamente aforada e debatida, o que não se pode admitir, uma vez que a ação rescisória não se presta a socorrer o inconformismo do sucumbente, consoante vasta jurisprudência desta E. Corte Regional e do C. STJ.

Portanto, ao se concluir que a matéria em questão ainda não estava integralmente pacificada no âmbito dos Tribunais brasileiros à época do julgamento da ação subjacente, não há que se falar em violação manifesta de norma jurídica, apta a ensejar o ajuizamento de ação rescisória no presente caso, aplicando-se, pois, o entendimento da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, é como esta E. Terceira Seção vem decidindo:

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V, DO CPC. REVISÃO DE BE-

NEFÍCIO. 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 (05/12/2017), 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.”

(AR nº 5022532-91.2019.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, v.u., j. 03/06/2020, DJe 08/06/2020) - grifei.

“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 COLETIVA. 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 jul-

gado 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 nº 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."

(AR nº 5024055-75.2018.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, v.u., j. 10/07/2019, DJe 12/07/2019) - grifei.

Tratando, assim, a presente rescisória de tentativa de novo julgamento da causa com base na repetição dos mesmos fundamentos levantados e rechaçados por esta E. Corte, impositiva a sua improcedência.

Sobre a impossibilidade de manejo de ação rescisória fundada no mero inconformismo da parte, é firme a jurisprudência deste colegiado. Nesse sentido: AR 0015332-75.2006.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, julg. 24/01/2013, e-DJF3 22/02/2013; AR 0049770-30.2006.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, julg. 10/05/2012, e-DJF3 21/05/2012; AR 0018516-97.2010.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, julg. 23/02/2012, e-DJF3 06/03/2012; AR 0088493-84.2007.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Leide Polo, julgado em 09/02/2012, e-DJF3 27/02/2012.

E outro não poderia ser o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, tendo em vista a necessidade de serem resguardadas a coisa julgada e a segurança jurídica, preceitos fundamentais do Estado de Direito, somente podendo cogitar-se, pois, na rescisão de um julgado nas hipóteses restritas e taxativas previstas na legislação processual.

Dessa forma, entendo ausentes as condições para a ação rescisória, com lastro no inciso V do art. 966, do CPC/2015, pois não houve violação aberrante ao sistema jurídico pátrio, verificável "primo ictu oculi", pela r. decisão rescindenda, *máxime ao se verificar que o tema permanecia controverso até recentemente, tendo o C. Superior Tribunal de Justiça pacificado a questão apenas em julgamento datado de 23.06.2021.*

Ante todo o exposto, com fundamento no artigo 332, inciso II, do CPC/2015, julgo improcedente o pedido de rescisão do julgado.

Sem condenação nas verbas de sucumbência, por não ter havido citação.

Comunique-se o MMº Juízo "a quo".

Intime-se.

Após certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades de praxe."

Pois bem, conforme se verifica, a decisão agravada deixou claro que à época da prolação do V. Acórdão rescindendo, em 31.01.2007 - ID 186143521, fl. 23 -, a matéria em debate ainda era controvertida nos Tribunais Regionais Federais de praticamente todas as regiões, bem como no próprio STJ, que afetou o Tema 1005

apenas em 07.02.2019, circunstância a consolidar o entendimento pela aplicação da Súmula 343 do STF.

Esclareceu, ademais, que ainda que a jurisprudência majoritária, inclusive, do C. STJ e desta E. Corte Regional da 3ª Região, já estivesse mais direcionada no sentido da impossibilidade de o ajuizamento de ação civil pública gerar a interrupção da prescrição na ação individual, não há dúvida de que o próprio STJ, ao afetar a matéria, deixou claro ainda haver divergência de entendimento acerca do tema em âmbito nacional, máxime ao reconhecer a existência de 251 (duzentos e cinquenta e um) recursos especiais sobre essa mesma matéria, grande parte deles advindos do E. TRF da 4ª Região, circunstância também a justificar a aplicação ao presente caso da Súmula 343 do STF.

Dessa forma, resta claro o efeito infringente visado pelo agravante, ao não se conformar com os fundamentos da decisão agravada, os quais estão muito bem detalhados no corpo da decisão, devendo o recorrente, dessa forma, valer-se do meio recursal cabível à rediscussão da tese jurídica aqui adotada.

Ante todo o exposto, nego provimento ao agravo.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5031690-05.2021.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CÍVEL

Parte Autora: PERIODICAL TIME SERVICOS TÉCNICOS E PROFISSIONAIS LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/07/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. VARA PREVIDENCIÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. LEI N. 14.151/2021. AFASTAMENTO DE EMPREGADAS GESTANTES. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DAS VARAS FEDERAIS CÍVEIS. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

1. Ação declaratória em que a parte autora objetiva caracterizar o afastamento remunerado da gestante, de trata a Lei nº 14.151/2021, como benefício previdenciário de "salário-maternidade" e, por consequência, garantir ao empregador a compensação tributária dos valores pagos à empregada com débitos oriundos das contribuições sociais existentes, nos termos dos artigos 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

2. A questão discutida nos autos subjacentes, eminentemente tributária, não se enquadra no âmbito da competência das Varas Federais Previdenciárias.

3. Conflito negativo de competência julgado procedente, a fim de declarar competente o juízo federal da 5ª Vara Cível de São Paulo/SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, julgou procedente o conflito negativo de competência, a fim de declarar competente o juízo federal da 5ª Vara Cível de São Paulo/SP, nos termos do voto do Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator). Votaram os Desembargadores Federais NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), DALDICE SANTANA (convocada para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), GILBERTO JORDAN (convocado para compor quórum), HÉLIO NOGUEIRA (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, SOUZA RIBEIRO, INÊS VIRGÍNIA e CARLOS DELGADO. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MARLI FERREIRA, MAIRAN

MAIA, WILSON ZAUHY, PAULO DOMINGUES, VALDECI DOS SANTOS e ANTÔNIO CEDENHO. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA suscitado pelo JUÍZO DA 7ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO/SP em face do JUÍZO DA 5ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO/SP, nos autos da AÇÃO DECLARATÓRIA nº 5027504-69.2021.4.03.6100, proposta por PERIODICAL TIME SERVIÇOS TECNICOS E PROFISSIONAIS LTDA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS e da UNIÃO FEDERAL, objetivando caracterizar o afastamento remunerado da gestante, de que trata a Lei nº 14.151/2021, como benefício previdenciário de salário-maternidade e, por consequência, garantir a compensação tributária dos valores pagos à empregada com os débitos oriundos das contribuições sociais existentes, nos termos traçados nos artigos 72, § 1ª, da Lei nº 8.213/91.

O suscitado, em decisão declinatoria de competência, argumenta, em síntese, que a parte autora pretende a concessão de benefício previdenciário (extensão de salário-maternidade), sendo imperiosa a redistribuição do feito a uma das Varas Previdenciárias da Subseção Judiciária de São Paulo.

O suscitante alega que “a pretensão de deduzir as contribuições sociais da Empresa autora dos valores pagos durante o afastamento, concentra a discussão em torno de matéria tributária”.

O feito foi autuado em 17.12.2021 e distribuído à relatoria do e. Des. Fed. VALDECI DOS SANTOS, que, com base no entendimento firmado no julgamento do CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0025630-92.2007.4.03.0000, por meio do doc. ID 251442187, determinou a redistribuição ao Órgão Especial.

ID 253417438: O Juízo suscitante foi designado para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, nos termos do art. 955, caput, parte final, do CPC.

Considerando as informações dos autos, foi dispensada a oitiva do suscitado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito sem a sua intervenção (ID 253528816).

É o relatório.

VOTO

Conheço do conflito negativo de competência, no âmbito do Órgão Especial, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO CÍVEL E JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. FORO DO DOMICÍLIO DO IMPETRANTE. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O Órgão Especial pacificou o entendimento no sentido de que é de sua competência o julgamento do conflito entre Juízo Cível e Juízo Previdenciário, com

competências correspondentes às das Seções deste Tribunal, para evitar risco de decisões conflitantes (TRF 3, CC n. 0002986-09.2017.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 29/08/2018; CC n. 0001121-48.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Paulo Fontes, j. 11/04/2018 e CC n. 0003429-57.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 13/09/2017).

(...)

6. Conflito procedente.

(TRF3, CC 5008497-92.2020.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, ÓRGÃO ESPECIAL, j. 31/07/2020, Intimação via sistema: 31/07/2020)"

A análise dos autos revela que a matéria não está relacionada, diretamente, a pleito de concessão do benefício de salário-maternidade, mas sim à interpretação da Lei nº 14.151/21, que, segundo alegado nos autos originários, foi omissa quanto ao direito a esse benefício nos casos em que o trabalho remoto ou "home office" não for possível a empregados cuja presença física na empresa seja imprescindível.

Nesse sentido, dispõe a Lei nº 14.151/2021, "verbis":

"Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância".

Assim, verifica-se claramente que a matéria objeto da ação subjacente trata-se de apreciar verdadeira omissão legislativa deixada pela Lei nº 14.151/21, que determinou, em seu art. 1º, que durante a emergência de saúde pública de importância nacional, decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração, sem, no entanto, determinar a cargo de quem ficaria a responsabilidade pelo pagamento de referida remuneração quando impossível o trabalho remoto à empregada.

Logo, resta claro que o objeto da ação subjacente não visa, diretamente, à concessão de salário-maternidade às empregadas gestantes da sociedade empresária - mesmo porque referido pleito teria, necessariamente, que ser previamente formulado perante o INSS -, sendo o intuito, na realidade, de preservar a sua capacidade econômico-financeira e de gestão empresarial, através da interpretação constitucional e extensiva da Lei nº 14.151/21 ao artigo 394-A, § 3º, da CLT, de modo que o afastamento de suas empregadas por meio do recebimento do salário-maternidade, a ser arcado pelo INSS, é apenas meio a essa sua finalidade econômica, na qual também está inclusa a compensação do valor dos salários-maternidade quando do pagamento das contribuições previdenciárias.

Outrossim, diante de todos esses aspectos, entendo inexistir pleito previdenciário (concessão pura e simples de benefício) no feito subjacente, sendo o pedido, como ressaltado, voltado à apreciação de omissão legislativa da Lei nº 14.151/21, com vistas à compensação tributária e "isenção" da sociedade empresária no pagamento dos salários de suas funcionárias gestantes - que, se acolhida a tese interpretativa, seriam arcados apenas pelo INSS.

Esse entendimento, cumpre referir, reflete a jurisprudência deste Órgão Especial sobre o assunto, posto que, na sessão de 26 de janeiro deste ano corrente, apreciando questão assemelhada, decidiu que a competência para julgar o processo que tramitava em primeiro grau era do juízo cível. Considerou-se que a natureza tributária da discussão se sobrepunha a eventual debate de ordem previdenciária (CC 5022952-28.2021.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, Rel. para acórdão Des. Fed. WILSON ZAUHY, por maioria, acórdão pendente de publicação). Registro que, à época, acompanhei o voto da eminente Relatora, mas, revendo meu posicionamento, nos termos do que foi exposto, entendo que a questão discutida nos autos subjacentes não se enquadra no âmbito da competência das Varas Federais Previdenciárias.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE este conflito negativo de competência, a fim de declarar competente o Juízo Federal da 5ª Vara Cível de São Paulo/SP.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5001571-27.2022.4.03.0000

Agravante: JOAO BAPTISTA GEMENEZ
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEILA PAIVA
Disponibilização do Acórdão: DJEN 18/07/2022

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PAGAMENTO DE PARCELA REMANESCENTE CONTROVERSA APÓS PAGAMENTO DA PARCELA INCONTROVERSA. MODALIDADE. TEMA 28/STF.

- O C. STF pacificou, no julgamento do RE 1.205.530, a questão relativa à expedição de ofício requisitório ou precatório relativa aos valores incontroversos.

- Foi, ainda, firmada a tese do Tema 28/STF: "Surge constitucional expedição de precatório ou requisição de pequeno valor para pagamento da parte incontroversa e autônoma do pronunciamento judicial transitada em julgado observada a importância total executada para efeitos de dimensionamento como obrigação de pequeno valor".

- O Tema 28/STF tratou de autorizar a expedição de ofício requisitório relativo à parte incontroversa, quando ainda pendente de trânsito em julgado a sentença proferida na fase de execução, relativamente aos embargos à execução, quando parte do valor devido não for objeto de controvérsia entre as partes.

- Outro aspecto definido pelo C. STF no Tema 28 diz respeito à vedação ao fracionamento de precatórios, se tomados os valores controverso e incontroverso separadamente.

- O artigo 100, § 8º, da CR, com redação da EC n. 62, de 09/12/2009, estabelece vedação expressa a expedição de precatórios complementares e suplementares, bem como impede o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, para fins de enquadramento de parcela de pagamento nas obrigações de pequeno valor, na forma do § 3º do mesmo dispositivo constitucional.

- Será possível adiantar a expedição de ofício requisitório, relativo à parte incontroversa, somente nos casos de o valor total pretendido se enquadrar nas obrigações de pequeno valor, até 60 (sessenta) salários mínimos.

- Do contrário, nas hipóteses de o valor total da dívida, somadas as parcelas controversa e incontroversa, resultar em importe acima daquele definido a título de obrigação de pequeno valor, será de rigor obrigatória a expedição de ofício precatório da parte incontroversa, ainda que inferior a sessenta salários mínimos.

- Posteriormente, transitado em julgado a sentença dos embargos à execução, definido o direito à parcela controvertida, será devida a expedição de novo ofício precatório da importância pendente, se houver, mesmo que

inferior ao mesmo patamar de sessenta salários mínimos. Precedentes.

- Assim, ainda que seja possibilitado o fracionamento do pagamento entre duas parcelas, incontroversa e controversa, ambas terão que respeitar a mesma modalidade de pagamento do montante integral, especificamente para fins de dimensionamento da obrigação de pequeno valor.

- No caso concreto, tendo sido expedido precatório para pagamento do valor incontroverso, não será possível requisitar o pagamento do valor controvertido, posteriormente homologado, pela via do ofício requisitório, ainda que seu valor, isoladamente, possa ser enquadrado nessa modalidade de pagamento.

- Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATORIO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Trata-se de *agravo interno* interposto *pela parte autora*, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (CPC), em face de r. decisão que, em sede de cognição sumária, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela ao presente agravo de instrumento.

Em suas razões recursais, pugna pela reforma da decisão preliminar, visando à concessão da antecipação da tutela recursal, a fim de que os valores remanescentes sejam pagos mediante expedição de requisição de pequeno valor, ainda que com 'status' de bloqueado, uma vez que *"a parte credora recebeu os valores incontroversos por precatório, aguardando o devido prazo constitucional e agora, homologados os valores efetivamente devidos, não se mostra factível ter de aguardar novamente o prazo para pagamento por precatório, uma vez que a segunda requisição somente teve vez em razão da impugnação ofertada (e rejeitada) pela Autarquia."*

Sem contraminuta, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal Leila Paiva (Relatora):

Coincidente a tese recursal do agravo interno com o objeto do presente agravo de instrumento, e encontrando-se este em termos para julgamento imediato, passo a análise do recurso principal em sua inteireza.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOAO BAPTISTA GEMENEZ contra r. decisão que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu a expedição de ofício requisitório complementar pela via do RPV.

Destaca-se que houve o pagamento de parcela incontroversa mediante precatório e, após homologação da conta pelo d. magistrado da parcela controvertida, determinou-se o pagamento do valor remanescente pela mesma modalidade de requisição de pagamento anterior, ainda que o montante seja equivalente ao limite para pagamento via RPV.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 171697567 – autos originários 5000519-96.2018.4.03.6123):

2) ID nº 169339789: Indefiro o pleito formulado pelo exequente, de expedição do requisitório complementar pela via do RPV, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais é pacífica no sentido de vedar a divisão dos valores a serem pagos via requisitório para que possam ser requisitados pela via do RPV. Assim, se o valor incontroverso suplanta os 60 (sessenta) salários mínimos, tendo sido expedido precatório, o valor complementar também deverá ser expedido pela via do precatório, sob pena de burla no formato previsto constitucionalmente para pagamento das dívidas pela Fazenda Pública. Já expedido o requisitório do valor complementar devido, transmita-se.

Preceitua o artigo 535, §4º, do CPC:

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.”

Nesse sentido, também, a Súmula n. 31 da Advocacia-Geral da União: “É cabível a expedição de precatório referente à parcela incontroversa, em sede de execução ajuizada em face da Fazenda Pública.”

Vejamos.

Da expedição de precatório dos valores incontroversos

O C. STF pacificou, no julgamento do *RE 1.205.530*, a questão relativa à expedição de ofício requisitório ou precatório relativa aos valores incontroversos.

Nesse sentido, eis a ementa do v. acórdão:

EXECUÇÃO – TÍTULO JUDICIAL – PARTE AUTÔNOMA PRECLUSÃO – POSSIBILIDADE. Possível é a execução parcial do título judicial no que revela parte autônoma transitada em julgado na via da recorribilidade. (RE 1205530, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. 08/06/2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, publ. 01/07/2020)

Foi, ainda, firmada a tese do Tema 28/STF: “Surge constitucional expedição de precatório ou requisição de pequeno valor para pagamento da parte incontro-

versa e autônoma do pronunciamento judicial transitada em julgado observada a importância total executada para efeitos de dimensionamento como obrigação de pequeno valor”.

Assim, o precedente obrigatório, que reafirma a constitucionalidade da expedição de ofício requisitório ou precatório quanto ao valor incontroverso, direciona o exame do julgador quanto à presença dos seguintes pressupostos: a) trânsito em julgado do título executivo judicial; b) cálculo da importância total, somados os valores controverso e incontroverso para fins de identificar o cabimento de expedição de precatório ou requisitório, dada à vedação do fracionamento dos ofícios em desacordo ao Tema 28/STF.

Do trânsito em julgado do título executivo judicial

Não há dúvida acerca da necessidade de certificação do trânsito em julgado do título executivo judicial.

Nesse sentido é o comando do § 5º do artigo 100 da Constituição da República, com redação da EC n. 62, de 09/12/2009: “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

Importa destacar o excerto do voto do e. Ministro Alexandre de Moraes, no RE 1.205.530, para gizar que o Tema 28/STF abrange a discussão sobre: “a possibilidade, ou não, de expedição de precatório, antes do trânsito em julgado dos embargos à execução, para efetuar o pagamento da parte incontroversa da condenação, tendo em vista o disposto no artigo 100, caput e §§ 1º, 5º e 8º (correspondente ao parágrafo 4º, incluído pela EC.37/2002 na redação anterior), da Constituição Federal”.

Em vista disso, não se cogita de tratar de expedição de precatório ou requisição de pequeno valor de sentença proferida na fase de conhecimento, ainda não transitada em julgado, o que está expressamente vedado nos §§ 3º e 5º do artigo 100 da CR, com redação da EC n. 62, de 09/12/2009, independentemente da ausência de efeito suspensivo de eventuais recursos pendentes de julgamento.

Noutro giro, o Tema 28/STF tratou de autorizar a expedição de ofício requisitório relativo à parte incontroversa, quando ainda pendente de trânsito em julgado a sentença proferida na fase de execução, relativamente aos embargos à execução, quando parte do valor devido não for objeto de controvérsia entre as partes.

Da impossibilidade de fracionamento do ofício requisitório

Outro aspecto definido pelo C. STF no Tema 28 diz respeito à vedação ao fracionamento de precatórios, se tomados os valores controverso e incontroverso separadamente.

O artigo 100, § 8º, da CR, com redação da EC n. 62, de 09/12/2009, estabelece vedação expressa a expedição de precatórios complementares e suplementares, bem como impede o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, para fins de enquadramento de parcela de pagamento nas obrigações de pequeno valor, na forma do § 3º do mesmo dispositivo constitucional.

Daí porque o precedente obrigatório determinou que seja “observada a importância total executada para efeitos de dimensionamento como obrigação de pequeno valor” .

Assim, será possível adiantar a expedição de ofício requisitório, relativo à parte incontroversa, somente nos casos de o valor total pretendido se enquadrar nas obrigações de pequeno valor, até 60 (sessenta) salários mínimos.

Do contrário, nas hipóteses de o valor total da dívida, somadas as parcelas controversa e incontroversa, resultar em importe acima daquele definido a título de obrigação de pequeno valor, será de rigor obrigatória a expedição de ofício precatório da parte incontroversa, ainda que inferior a sessenta salários mínimos.

Posteriormente, transitado em julgado a sentença dos embargos à execução, definido o direito à parcela controvertida, será devida a expedição de novo ofício precatório da importância pendente, se houver, mesmo que inferior ao mesmo patamar de sessenta salários mínimos.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do C. STJ:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTORIZAÇÃO PARA O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO QUANTO À PARTE INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 9º E 10º DO ART. 100 DA CF/88. EC N. 62/2009. ADIN 4.357/DF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS: VALIDADE DAS COMPENSAÇÕES PREVISTAS NA EC N.62/2009 REALIZADAS ATÉ 25/3/2015.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de prosseguimento da execução e levantamento dos valores incontroversos quando pendente discussão acerca de compensação em recursos dirigidos às instâncias superiores que não são dotados de efeito suspensivo.

2. O Superior Tribunal de Justiça já analisou a possibilidade de expedição de precatório da parte incontroversa e firmou posicionamento no sentido de que a execução da parcela da dívida não impugnada pelo ente público deve ter regular prosseguimento, ausente, em consequência, óbice à expedição de precatório.

3. Os precedentes desta Corte pontuam que a pendência de apreciação de embargos de declaração opostos contra acórdãos cujo julgamento se deu sob rito dos recursos repetitivos, repercussão geral ou ADI não implica direito ao sobrestamento de recursos no âmbito do STJ.

4. Como a própria agravante reconhece, o STF, em sede da ADIN 4357/DF, deliberou majoritariamente pela inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF/88, introduzidos no texto da Carta Magna pela Emenda Constitucional n. 62/2009.

5. Na sessão plenária de 25.3.2015, o plenário do STF concluiu a modulação dos efeitos da referida declaração de inconstitucionalidade e consignou que “consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na EC 62/09, desde que realizados até 25/3/2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades;”.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1497627/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015).”

No mesmo sentido, já se pronunciou esta c. Corte, conforme se verifica dos seguintes precedentes: AI n. 5013342-36.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA, Décima Turma, j. 27/10/2021, e-DJF3 Judicial 28/10/2021; AI n. 5009159-27.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, Sétima Turma, j. 31/03/2020, e - DJF3 Judicial 06/04/2020; AI n. 0026953-54.2015.4.03.0000/SP, Nona Turma, Rel. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS, e-DJF3 Judicial 1 03/02/2016; AI n. 0029065-93.2015.4.03.0000, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. DAVID DANTAS, e-DJF3 Judicial 1 26/01/2016; AI n. 0009928-28.2015.4.03.0000/SP, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. TORU YAMAMOTO, e-DJF3 Judicial 1 24/07/2015.

Do caso concreto

A parte autora pretende seja o pagamento do valor complementar realizado via RPV, enquanto o pagamento do valor incontroverso operou-se mediante precatório.

Entretanto, sem razão a parte exequente, eis que o C. Supremo Tribunal Federal, como já mencionado acima, sedimentou entendimento no *Tema 28* no sentido de que: "*Surge constitucional expedição de precatório ou requisição de pequeno valor para pagamento da parte incontroversa e autônoma do pronunciamento judicial transitada em julgado observada a importância total executada para efeitos de dimensionamento como obrigação de pequeno valor*".

Ainda que seja possibilitado o fracionamento do pagamento entre duas parcelas, incontroversa e controversa, ambas terão que respeitar a mesma modalidade de pagamento do montante integral, especificamente para fins de dimensionamento da obrigação de pequeno valor.

Nesse diapasão, tendo sido expedido precatório para pagamento do valor incontroverso, não será possível requisitar o pagamento do valor controvertido, posteriormente homologado, pela via do ofício requisitório, ainda que seu valor, isoladamente, possa ser enquadrado nessa modalidade de pagamento.

Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento e *julgo prejudicado* o agravo interno.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL EM
SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA
5003182-15.2022.4.03.0000**

Agravante: AUTORIDADE PORTUÁRIA DE SANTOS S.A.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Requerente: AUTORIDADE PORTUÁRIA DE SANTOS S.A.

Requerido: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 2ª VARA FEDERAL

Interessado: CENTRO NACIONAL DE NAVEGAÇÃO TRANSATLÂNTICA

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/06/2022

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. POSTERGAÇÃO DA VIGÊNCIA DE NOVAS TARIFAS PORTUÁRIAS. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO DE *ERROR IN PROCEDENDO* E *ERROR IN JUDICANDO*. MATÉRIAS NÃO COGNOSCÍVEIS EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Volta-se o pedido de suspensão de segurança à defesa do interesse público primário, suspendendo a eficácia de decisões judiciais não definitivas que demonstrem, concreta e efetivamente, a potencialidade de causação de *"grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas"*.

2. É o pedido de suspensão via estreita que não serve de sucedâneo recursal, não havendo de conhecer eventual *error in procedendo* ou *error in judicando* da decisão, questões essas cuja seara apropriada é a via recursal.

3. O interesse público acautelado na suspensão de segurança ou liminar é o primário, difuso, concernente à sociedade, não se confundindo com o interesse pessoal da Administração Pública, dito secundário. Nesse sentido, a repercussão da decisão deve ser examinada em vista da ordem, da saúde, da segurança e da economia pública, e somente transversalmente sobre o patrimônio da empresa pública.

4. No caso dos autos, diante de decisão cautelar cujos efeitos sobre o patrimônio da empresa pública se demonstram de baixa intensidade e reversíveis, não tangenciando o interesse público primário.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto da Desembargadora Federal Presidente MARISA SANTOS (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA, MAIRAN MAIA, CARLOS MUTA, SOUZA RIBEIRO, WILSON ZAUHY, INÊS VIRGÍNIA, VALDECI DOS SANTOS, CAR-

LOS DELGADO, LUIZ STEFANINI, CONSUELO YOSHIDA (convocada para compor quórum), COTRIM GUIMARÃES (convocado para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum) e LEILA PAIVA (convocada para compor quórum). Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais NEWTON DE LUCCA, NERY JÚNIOR, PAULO DOMINGUES e ANTÔNIO CEDENHO. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Agravo regimental interposto pela AUTORIDADE PORTUÁRIA DE SANTOS S.A. (SANTOS PORT AUTHORITY – SPA) contra decisão da Presidência deste Tribunal que indeferiu o pedido de suspensão de liminar deferida pela 2.^a Vara Federal de Santos em sede de tutela antecipada em caráter antecedente.

Conforme decorre da inicial, *“a empresa CENTRO NACIONAL DE NAVEGAÇÃO TRANSATLÂNTICA (CENTRONAVE) ajuizou pedido de Tutela Antecipada em Caráter Antecedente, requerendo a suspensão imediata da aplicação da nova estrutura tarifária do Porto de Santos, ante a previsão de entrada em vigor da Tabela I em 01.02.2021. Alternativamente, pleiteou que a Tabela I somente entrasse em vigor em 01.04.2022, quando passariam a vigor as demais Tabelas, sem prejuízo, entretanto, de novas prorrogações”*.

Os pleitos, ainda segundo o Agravante, são embasados *“(i) pelo elevado impacto econômico aos associados da CENTRONAVE com a vigência da Tabela I; (ii) pela suposta nulidade na alteração de metodologia de cálculo dos valores cobrados na Tabela I, alegando que não houve análise do impacto regulatório a toda cadeia logística, bem como não houve consulta pública ou prévia divulgação aos usuários do Porto de Santos ofendendo os princípios da publicidade, da transparência e da modicidade”*.

Tendo o juízo da 2.^a Vara Federal de Santos deferido a tutela antecipada requerida nos seguintes termos:

“(...) indefiro o pedido de suspensão da vigência da Tabela I, da Portaria DIPRE nº 02.2022.

Neste momento processual, não verifico a existência de flagrante ilegalidade nos novos custos aplicados. Entender-se o contrário, implicaria em desarrazoada interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, em desobediência ao mandado constitucional de Separação dos Poderes.

Contudo, diante da prospectiva de importante impacto econômico a ser suportado pela autora, decorrente dos termos da já vigente Portaria DIPRE nº 02.2022, e ainda, por não verificar irreversibilidade da medida, podendo a ré ressarcir-se supervenientemente, caso se modifique o presente provimento, ACOLHO PARCIALMENTE O PEDIDO ALTERNATIVO, e defiro a tutela para o fim de postergar a vigência da Tabela I, da Portaria DIPRE nº 02.2022, para o dia 01/04/2022, exclusivamente, para as operações das empresas de navegação da parte autora”.

Sob o fundamento de a manutenção da decisão do juízo de primeiro grau trazer grave lesão à ordem pública, em sua vertente administrativa, bem como

à economia pública, impetrou o Agravante pedido de suspensão de segurança sustentando: (i) que a decisão enseja *“graves prejuízos à ordem administrativa por esvaziar a competência constitucional delegada à Autoridade Portuária (...) e a competência legal atribuída à ANTAQ pela Lei Federal nº 10.233/2001”*, causando insegurança jurídica; (ii) causação de *“PREJUÍZOS ADMINISTRATIVOS pela necessidade de readequação de toda a forma de cobrança e seus pertinentes sistemas, ferindo a ordem pública e a segurança pública”*; (iii) *“diminuição da receita prevista para a administração do porto na ordem de aproximadamente de R\$ 15 MILHÕES EM APENAS 2 MESES”* recursos esses *“necessário para garantir a saúde financeira da Autoridade Portuária”*; e (iv) a manutenção do *“cenário de defasagem das tarifas, e principalmente a manutenção de distorções tarifárias que levam a subsídios cruzados entre diferentes tipos de cargas, em benefício das empresas representadas pelo CENTRONAVE”*, com prejuízo aos projetos de investimento.

Pedido que restou indeferido pela Presidência, conforme segue:

“Em primeiro lugar, é certo que a regularidade ou não do processo de reestruturação tarifária, bem assim as circunstâncias e métodos aplicados para o reajustamento de valores, diz respeito ao mérito da ação subjacente e, portanto, não é passível de análise no âmbito estreito do pedido de suspensão.

(...)

No que diz respeito aos efeitos da decisão que pudessem ensejar a interferência desta Presidência, entendo que o impacto econômico alegado não é apto a permitir o uso do presente incidente.

(...)

Ora, conforme afirmado pela parte requerente, o prejuízo decorrente do adiamento da entrada em vigor da Tabela I, da Portaria DIPRE nº 02.2022 seria da ordem de R\$ 15 milhões, montante que não representa grave lesão à economia pública, sobretudo se cotejado com o volume movimentado diariamente no Porto de Santos.

Sob outro aspecto, constou expressamente da decisão impugnada a possibilidade de ressarcimento da ré, no caso de ulterior modificação de entendimento. Confira-se:

(...)

O elevado número de operações realizadas no Porto e a adequação do sistema de TI à nova metodologia, ao contrário do que afirma a requerente, não tem o condão de inviabilizar o ressarcimento, tampouco de engendrar prejuízos administrativos de grande monta.

Sendo assim, evidencia-se que a baixa intensidade da gravidade da lesão analisada no presente incidente impede a suspensão da medida liminar.

Como visto, na via excepcional da suspensão de liminar ou segurança, demanda-se a comprovação de potencial concreto e irreparável de ofensa à ordem e economia públicas. Reitere-se que eventuais questões de mérito pertinentes à ação originária não comportam análise no presente incidente, devendo ser suscitadas e debatidas por meio da via recursal adequada.

(...)

Portanto, não tendo o requerente demonstrado, de forma objetiva, como a execução da decisão ensejaria grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, de rigor o indeferimento do pedido.

Diante do exposto, ausente a comprovação dos fundamentos legalmente exigidos, INDEFIRO a suspensão pleiteada”.

Irresignada, a AUTORIDADE PORTUÁRIA DE SANTOS S.A. interpôs *agravo regimental* pretendendo a reforma da decisão com vistas à concessão da suspensão da tutela provisória deferida pelo juízo de primeiro grau, com fundamento:

(i) de não ter o pedido de tutela provisória demonstrado os requisitos essenciais para a concessão, notadamente o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*;

(ii) na ausência de provas que sustentasse o *petitum* formulado na ação principal;

(iii) na complexidade dos cálculos da tarifa portuária, que não admitiria a discussão em mandado de segurança e, de consequência, a concessão de liminar em face do Poder Público, nos termos da vedação do art. 1º, da Lei 8.437/92;

(iv) de não caber a avaliação do “*montante apto a representar grave lesão*” em exame do pedido de suspensão de segurança, que seria restrito ao “*efeito que a decisão pode causar à ordem pública*”.

(v) no fato de a manutenção da decisão de primeiro grau: acarretar custos administrativos relativos à necessidade de readequação dos sistemas de cobrança à metodologia anteriormente vigente; ensejar regressão a sistema tarifário marcado por subsídios cruzados; causar redução das receitas, anualmente, em 100 milhões de reais (equivalente a 30% do lucro de 2021); ensejar risco de comprometimento à viabilidade econômica da empresa pública; além de ocasionar risco do efeito multiplicador da demanda.

O Ministério Público Federal se manifestou no sentido de que “*o caso em tela versa sobre direito individual disponível. Discute-se matéria de interesse público secundário da administração, sem qualquer projeção coletiva ou social (...) de modo que se afigura desnecessário o pronunciamento ministerial*” (Manifestação ID: 255463492).

Posteriormente, em 02 de maio de 2022, noticiando a prorrogação da tutela provisória concedida pelo o juízo da 2ª Vara Federal de Santos, apresentou a agravante aditamento à inicial (Petição ID: 256597618). Emenda recebida e oportunizada a manifestação do Interessado (Despachos ID: 257105153 e 257553146).

É o relatório.

VOTO

Agravo regimental interposto pela AUTORIDADE PORTUÁRIA DE SANTOS S.A. (SANTOS PORT AUTHORITY – SPA) contra decisão que *indeferiu* o pedido de suspensão de liminar concedida, em parte, pelo juízo da 2.ª Vara Federal de Santos em sede de tutela antecipada em caráter antecedente.

Reproduzo, por oportuno, os principais trechos da decisão impugnada:

(...)

“Em primeiro lugar, é certo que a regularidade ou não do processo de reestruturação tarifária, bem assim as circunstâncias e métodos aplicados para o reajustamento de valores, diz respeito ao mérito da ação subjacente e, portanto, não é passível de análise no âmbito estreito do pedido de suspensão.

(...)

No que diz respeito aos efeitos da decisão que pudessem ensejar a interferência desta Presidência, entendo que o impacto econômico alegado não é apto a permitir o uso do presente incidente.

(...)

Ora, conforme afirmado pela parte requerente, o prejuízo decorrente do adiamento da entrada em vigor da Tabela I, da Portaria DIPRE nº 02.2022 seria da ordem de R\$ 15 milhões, montante que não representa grave lesão à economia pública, sobretudo se cotejado com o volume movimentado diariamente no Porto de Santos. Sob outro aspecto, constou expressamente da decisão impugnada a possibilidade de ressarcimento da ré, no caso de ulterior modificação de entendimento. Confira-se:

‘Contudo, diante da prospectiva de importante impacto econômico a ser suportado pela autora, decorrente dos termos da já vigente Portaria DIPRE nº 02.2022, e ainda, *por não verificar irreversibilidade da medida, podendo a ré ressarcir-se supervenientemente*, ACOELHO PARCIALMENTE caso se modifique o presente provimento O PEDIDO ALTERNATIVO, e defiro a tutela para o fim de postergar a vigência da Tabela I, da Portaria DIPRE nº 02.2022, para o dia 01/04/2022, exclusivamente, para as operações das empresas de navegação da parte autora’.

(...)

O elevado número de operações realizadas no Porto e a adequação do sistema de TI à nova metodologia, ao contrário do que afirma a requerente, não tem o condão de inviabilizar o ressarcimento, tampouco de engendrar prejuízos administrativos de grande monta.

Sendo assim, evidencia-se que a baixa intensidade da gravidade da lesão analisada no presente incidente impede a suspensão da medida liminar.

Como visto, na via excepcional da suspensão de liminar ou segurança, demanda-se a comprovação de potencial concreto e irreparável de ofensa à ordem e economia públicas. Reitere-se que eventuais questões de mérito pertinentes à ação originária não comportam análise no presente incidente, devendo ser suscitadas e debatidas por meio da via recursal adequada.

(...)

Portanto, não tendo o requerente demonstrado, de forma objetiva, como a execução da decisão ensejaria grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, de rigor o indeferimento do pedido.

Diante do exposto, ausente a comprovação dos fundamentos legalmente exigidos, INDEFIRO a suspensão pleiteada”.

A suspensão de segurança é, ainda hoje, importante incidente processual colocado à disposição do Poder Público, servindo para resguardar “interesses públicos” em várias situações fáticas.

O escopo do incidente de suspensão de liminar ou tutela antecipada é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, independente da fundamentação exposta na decisão recorrida. Por outras palavras, deve-se avaliar os *efeitos* que a decisão possa produzir em face do interesse público.

Discute-se muito na jurisprudência as restrições e delimitações na utilização da suspensão de segurança ou liminar.

Segundo a doutrina especializada, existe certo movimento de contenção no uso desse remédio processual que, frise-se, deve ser prescrito de forma

excepcional, sob pena de ridicularizar a efetividade da tutela jurisdicional em favor do jurisdicionado comum mediante a indesejável banalização deste instrumento processual que existe apenas para um dos litigantes, qual seja, o Poder Público.

Nesse aspecto, conforme leciona *Elton Venturi*: (...) *O prejuízo ao interesse público que enseja a suspensão deve apresentar-se qualificado pela irreparabilidade ou pela difícil reparação, uma vez que a provável lesão ao Poder Público que se possa resolver, v.g. através de qualquer medida compensatória em pecúnia ou in natura (específica) não se revela suficiente para autorizar a excepcionalíssima sustação da eficácia de medidas liminares ou de sentenças, muito embora possa eventualmente embasar a concessão de efeito suspensivo recursal. Não demonstrada a gravidade da lesão suscitada, deve prevalecer a eficácia dos comandos jurisdicionais já determinados em prol do autor da ação*". (Venturi, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público* - 3ª ed., rev., atual., e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2017 - p. 195/196) - grifei.

No que diz respeito aos efeitos da decisão que pudessem ensejar a interferência desta Presidência, entendo que o impacto econômico alegado *não* é apto a permitir o uso do presente incidente.

Conforme constou no *decisum* combatido, volta-se o pedido de suspensão de segurança à defesa do interesse público primário, suspendendo a eficácia de decisões judiciais não definitivas que demonstrem, concreta e efetivamente, a potencialidade de causação de "*grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*". Exame esse que não perpassa a aferição da correção da decisão que se quer ver os efeitos suspensos, não ingressando no mérito da demanda principal, mas se limitando a averiguar a repercussão do *decisum*, correto ou não, sobre aqueles direitos acima elencados.

Assim, sob pena de se admitir servir a suspensão de segurança de espécie de *sucedâneo recursal*, não haverá de se conhecer, nessa estreita via, eventual *error in procedendo* ou *error in iudicando* da decisão, questões essas cuja seara apropriada é a via recursal, que, não obstante coexistir com a via da suspensão de segurança, com aquela não se confunde.

Trata-se de *limitação de cognição* que vem a preservar a garantia do juiz natural, o princípio da unirrecorribilidade, além do devido processo legal.

Nesse sentido, o *fumus boni iuris* que autoriza a suspensão liminar não diz respeito à verossimilhança do direito alegado na demanda principal, cujo exame é exclusivo do órgão encarregado de conhecer o recurso, mas sim à necessidade de preservação da ordem, da saúde, da segurança ou da economia pública, pois esses os direitos acautelados na suspensão de segurança.

Em igual sentido, o *periculum in mora* que justifica a suspensão é aquele manifestado na situação de risco ao direito acautelado que exsurgiria da imediata produção de efeitos da decisão judicial.

Assim, delimitado o objeto do incidente, de se afastar, de plano, as alegações da agravante no sentido da inexistência dos requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória (item i); da ausência de provas que sustentem o *petitum* da demanda principal (item ii); e da inadmissibilidade da concessão da liminar contra o Poder Público no caso em tela (item iii), arguições todas que tem por

fundamento *error in procedendo* ou *error in judicando* questões que, como visto, não são comportadas nesta estreita via.

Passa-se à análise das alegações que, efetivamente, guardam relação com a causa do pedido de suspensão, qual seja, *a evitação de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública*.

Aduz a recorrente que “*não cabe ao magistrado definir qual 'o montante apto a representar grave lesão', seja porque alusivo ao mérito, seja porque não é a monta 'per si' que determina o conceito de lesão, mas sim o impacto e o efeito que a decisão pode causar à ordem pública*”, destacando a agravante o trecho do *decisum* impugnado:

“Ora, conforme afirmado pela parte requerente, o prejuízo decorrente do adiamento da entrada em vigor da Tabela I, da Portaria DIPRE nº 02.2022 seria da ordem de R\$15 milhões, montante que não representa grave lesão à economia pública, sobretudo se cotejado com o volume movimentado diariamente no Porto de Santos”.

Válido repisar que o interesse público acautelado na suspensão de segurança ou liminar é o *primário, difuso*, concernente à sociedade, não se confundindo com o interesse pessoal da Administração Pública, dito secundário.

Nesse sentido, a repercussão da decisão deve ser examinada em vista da ordem, da saúde, da segurança e da economia pública, e somente transversalmente sobre o patrimônio da empresa pública.

No caso, à luz das informações fornecidas pela agravante na inicial, o impacto de 15 milhões de reais – referente à postergação da vigência da nova tabela de tarifas – corresponde a somente 4,5% (quatro e meio por cento) do lucro anual da empresa pública.

Ademais, conforme exposto pelo juízo de primeiro grau, *não se verifica a irreversibilidade da medida, “podendo a ré ressarcir-se supervenientemente, caso se modifique o presente provimento”*.

Assim, não somente *limitados e reversíveis* os efeitos sobre o patrimônio da agravante, mas também *não se verifica a concreta e efetiva ameaça de lesão ao interesse público primário que justifique a via extraordinária da suspensão de liminar, não havendo, pois, risco ao serviço público prestado*.

De rigor, igualmente, o afastamento das demais alegações relativas às consequências da decisão ora impugnada.

Os custos a serem incorridos com a alteração dos sistemas de cobrança, de forma a retornar a metodologia de cálculo anterior, por certo, representa *lesão patrimonial de baixa intensidade*, não extravasando o interesse público secundário.

A manutenção de sistema de “*subsídios cruzados*”, conforme fez a autoridade portuária constar na inicial, ocorre há mais de 25 (vinte e cinco) anos, sendo, portanto, mínimos os efeitos da postergação deste regime tarifário cautelarmente, conforme determinado pelo juiz de primeiro grau em sua decisão.

Ao fim, o risco do efeito multiplicador da demanda, levando outros interessados a requererem similar tutela, é conjecturado, não admitindo a atuação *ex ante* da suspensão de liminar.

De todo o exposto, ausentes os fundamentos a justificar a suspensão da liminar, notadamente de evitar “*grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*”, voto por *negar provimento* ao agravo.

É o voto.

Direito Processual Penal



CONFLITO DE JURISDIÇÃO

0001923-80.2017.4.03.6132

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE AVARÉ/SP - 1ª VARA FEDERAL
Suscitada: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OURINHOS/SP - 1ª VARA FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/07/2022

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. RECEBIMENTO INDEVIDO DO BENEFÍCIO DO BOLSA FAMÍLIA. ESTELIONATO MAJORADO. ART. 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. SAQUES EM DIVERSOS LOCAIS. CRIME. COMPETÊNCIA FIXADA PELA PREVENÇÃO. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. Conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal de Avaré/SP (doravante "Juízo Suscitante") em face do Juízo Federal de Ourinhos/SP (a seguir "Juízo Suscitado") nos autos do IP nº 0582/2015-4 - DPF/BRU/SP.
2. O Inquérito Policial foi instaurado para apurar a suposta prática de estelionato, no qual a investigada TEREZINHA APARECIDA RAMOS se apropriou de cartão do Programa do Bolsa Família de titularidade de seu ex-companheiro e efetuou saques do benefício em nome dele.
3. Após diversas diligências, concluiu-se que TEREZINHA e seu ex-companheiro BRÁULIO RIBEIRO NETO receberam, de forma concomitante, benefícios do bolsa família distintos e relacionados a núcleos familiares distintos, embora vivessem, no período, em união estável, o que poderia, em tese, configurar a prática do delito de estelionato por ambos.
4. Conforme aduz o art. 70, caput, do Código de Processo Penal, a competência é, em regra, determinada pelo lugar em que se consuma a infração. Em se tratando de delito de estelionato, a infração se consuma no momento e no local no qual é obtida a vantagem indevida.
5. Tratando-se de crime permanente, no qual a pluralidade de condutas é praticada em jurisdições diversas, a competência é fixada pela prevenção, que, nesse caso, também é da 32ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo (Avaré e Cerqueira Cesar), uma vez que o Juízo Federal de Avaré/SP foi o primeiro a tomar conhecimento do feito, tendo deliberado sobre os primeiros atos de investigação.
6. Competência do Juízo Suscitante.
7. Conflito improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o conflito, declarando a competência do Juízo Federal de Avaré/SP para processar e julgar os fatos apurados no bojo do Inquérito Policial nº 0582/2015-4 - DPF/BRU/SP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal de Avaré/SP (doravante "Juízo Suscitante") em face do Juízo Federal de Ourinhos/SP (a seguir "Juízo Suscitado") nos autos do IP nº 0582/2015-4 - DPF/BRU/SP.

Consta dos autos que Bráulio Ribeiro Neto enviou carta de próprio punho à Promotoria de Justiça de Cerqueira César/SP noticiando a prática de saques indevidos do benefício do Bolsa Família, de sua titularidade, por sua ex-companheira Terezinha Aparecida Ramos. Na missiva, o noticiante explicou ser o genitor e responsável pelos menores Gabriel Aparecido Ribeiro Liberato e Fátima Aparecida Liberato, motivo pelo qual era beneficiário do bolsa família. Esclareceu, ainda, que veio a ser encarcerado pela prática de delito, oportunidade em que os menores passaram ao cuidado da genitora deles, não obstante isso, Terezinha Aparecida Ramos, sua ex-companheira, permaneceu na posse do cartão necessário aos saques do benefício e, em consequência, passou a efetuar, indevidamente, o recebimento daquele em seu nome.

A notícia de fato foi remetida à Procuradoria da República atuante na 32ª Subseção Judiciária Federal em Avaré/SP, que, por sua vez, determinou a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos.

A autoridade policial, por sua vez, determinou o encaminhamento do IPL para distribuição perante a Vara Federal de Avaré/SP e passou a diligenciar para apuração dos fatos.

Após tomar conhecimento de que Terezinha Aparecida Ramos residia no Município de Águas de Santa Bárbara/SP, e entendendo que o benefício supostamente sacado indevidamente era gerido pela Prefeitura daquele município, o representante da Procuradoria Regional da República se manifestou pelo declínio da competência para o Juízo Federal de Ourinhos/SP, Subseção Judiciária responsável pelo Município de Águas de Santa Bárbara/SP (ID. 254663120 – pág. 11).

O Juízo da 1ª Vara Federal de Avaré/SP acolheu o requerimento ministerial e determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Ourinhos/SP (ID 254663120 – pág. 12). Distribuído os autos para a 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP, em 10/01/2018, foi determinada a abertura de vista para a Procuradoria da República atuante, que opinou que fosse suscitado conflito negativo de competência, argumentando não haver nos autos elementos sobre o local onde havia sido obtida a vantagem indevida.

Em 05/06/2018, ante a juntada da oitiva de TEREZINHA APARECIDA RAMOS, na qual informou, inclusive, que residia em Cerqueira César/SP, o Juízo, antes de deliberar sobre a suscitação de conflito, determinou a abertura de nova vista ao MPF para manifestação (ID 254663121 – pág. 8).

Em suas manifestações, o MPF manteve o entendimento anterior, porém em nome da celeridade requereu que ao Juízo que se desse por competente, provisoriamente, e devolvesse os autos para que fosse esclarecido a ocorrência do crime, bem como o local e o período em que os saques ocorreram. O pedido foi acolhido (ID 254663121 – pág. 11).

Recebidas as informações, o Procurador da República atuante manifestou-se requerendo fosse suscitado conflito negativo de atribuição em relação a Subseção Judiciária de Avaré/SP, argumentando que entre agosto de 2011 e abril de 2014, BRÁULIO e TEREZINHA, mesmo mantendo união estável, recebiam, cada um separadamente, benefício do Bolsa Família, e, nesse sentido, ambos poderiam ter dado informações falsas sobre o grupo familiar, incorrendo nos delitos de estelionato e falsidade ideológica. Apontou, no entanto, que os saques indevidos de benefícios do Bolsa Família recebidos de forma concomitantes, entre agosto de 2011 a abril de 2014, ocorreram em Avaré/SP e Cerqueira César/SP, enquanto que o saque supostamente indevido de Terezinha do benefício de Bráulio ocorreu apenas em abril de 2014, também em Cerqueira César, de modo que, em ambas as situações, a competência é da jurisdição da Subseção Judiciária de Avaré/SP (ID 254663382).

Diante disso, o Juízo da 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP se reconheceu incompetente para julgar o feito e determinou a remessa dos autos para o Juízo Federal da Subseção de Avaré/SP (ID 254663383).

A Procuradoria Regional da República atuante em Bauru/SP manifestou-se no sentido de que fosse reconhecida a incompetência do Juízo Federal de Avaré/SP, suscitando conflito de competência perante este E. Tribunal Regional da 3ª Região, para que fosse reconhecida a competência do juízo da Subseção Judiciária de Ourinhos-SP para julgar o feito, em razão da prevenção (art. 83 do Código de Processo Penal) por tratar-se de infração continuada praticada em território de duas ou mais jurisdições (ID 254663390).

Acolhendo a manifestação do MPF, o Juízo da Subseção Judiciária de Avaré/SP suscitou o presente conflito negativo de competência (ID 254663391).

O Ilustre Procurador Regional da República, Orlando Martello, manifestou-se pela improcedência do conflito, reconhecendo-se a competência do Juízo 1ª Vara Federal de Avaré/SP para o processamento e julgamento dos fatos apurados no bojo do Inquérito Policial nº 0582/2015-4 - DPF/BRU/SP (ID 255484118).

É o relatório.

VOTO

O conflito de jurisdição não é procedente.

Conforme consta dos autos, Bráulio Ribeiro Neto enviou carta de próprio punho à Promotoria de Justiça de Cerqueira César/SP noticiando a prática de saques indevidos do benefício do Bolsa Família, de sua titularidade, por sua ex-companheira Terezinha Aparecida Ramos.

A supramencionada carta foi encaminhada pela Promotoria de Justiça para a Procuradoria da República no Município de Bauru/Avaré/Botucatu (ID 254663118 – pág. 8/9). Determinada a instauração do inquérito policial pelo representante do Ministério Público Federal, o Delegado da Polícia Federal responsável pelas investigações solicitou a expedição de ofício à Prefeitura Municipal de Águas de Santa Bárbara/SP, solicitando cópia dos documentos que ensejaram a concessão de benefício de Bolsa Família aos envolvidos.

Em resposta, a Prefeitura Municipal da Estância Hidromineral de Águas de Santa Bárbara/SP informou que TEREZINHA APARECIDA RAMOS foi incluída no Programa Social do Benefício do Bolsa Família em 10/03/2010, tendo o mesmo sido cancelado no ano de 2014 (ID 254663119 – fls. 12/18).

Após tomar conhecimento de que Terezinha Aparecida Ramos residia no Município de Águas de Santa Bárbara/SP, e entendendo que o benefício supostamente sacado indevidamente era gerido pela Prefeitura daquele município, o representante da Procuradoria Regional da República se manifestou pelo declínio da competência para o Juízo Federal de Ourinhos/SP, Subseção Judiciária responsável pelo Município de Águas de Santa Bárbara/SP (ID. 254663120 – pág. 11).

O Juízo da 1ª Vara Federal de Avaré/SP acolheu o requerimento ministerial e determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Ourinhos/SP (ID 254663120– pág. 12).

Distribuído os autos para a 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP, em 10/01/2018, foi determinada a abertura de vista para a Procuradoria da República atuante, que opinou que fosse suscitado conflito negativo de competência, argumentando não haver nos autos elementos sobre o local onde havia sido obtida a vantagem indevida.

Simultaneamente, foi juntado aos autos o termo de declarações de TEREZINHA APARECIDA RAMOS (ID 254663121 – pág. 1/2), no qual esclareceu que:

“... conviveu maritalmente com Bráulio Ribeiro Neto por aproximadamente 3 (três) anos; Que não se recorda data exata do início e final do relacionamento com Bráulio, sabendo informar que terminou o relacionamento com Bráulio quando o mesmo foi preso há aproximadamente 3 ou 4 anos; Que Gabriel Aparecido Ribeiro Liberato, com cerca de 13 ou 14 anos de idade, e Fatima Aparecida Ribeiro Liberato, com 15 anos de idade, são filhos de Bráulio, sendo a declarante ex-madrasta de ambos; Que Gabriel e Fatima conviveram com a declarante e Bráulio por alguns meses, pois durante os três anos de convivência com Bráulio ambos passaram alguns meses com a declarante e Bráulio e alguns meses com a genitora, não sabendo datas exatas; Que 2 ou 3 dias após a prisão de Bráulio, há cerca de 3 ou 4 anos, o Conselho Tutelar deste município buscou Gabriel e Fátima, e ambos foram morar com avó materna na cidade de Cerqueira Cesar/SP, não sabendo endereço exato; Que aproximadamente 1 (uma) semana após a prisão de Bráulio a genitora do mesmo, Sra. Rosilda de Jesus, pegou documentos e objetos em sua residência que pertenciam a Bráulio e não viu nenhum cartão do Programa Bolsa Família em nome de Bráulio Ribeiro Neto entre tais pertences; Que não sabe se Bráulio possuía ou possui cartão do Programa Bolsa Família, nunca viu nenhum cartão Bolsa Família em nome de Bráulio, nunca recebeu tal cartão ou senha para saque, nunca realizou nenhum saque de dinheiro do Programa Bolsa Família utilizando o cartão de benefícios em nome de Bráulio Ribeiro Neto e desconhece se Bráulio possui ou se já possuiu este cartão do Programa Bolsa Família; Que é genitora de Barbara Yasmim Valentim, com 23 anos de idade, sabendo que a mesma reside na cidade Avaré/SP, não sabendo endereço exato, e Raissa Talia Valentim, com 20 anos de idade, residente neste município, na rua 10 de Dezembro, não sabendo informar o número ...”.

Após a juntada do supra depoimento, o representante do MPF manteve o entendimento de o Juízo de Ourinhos ser incompetente para processar e julgar o feito, porém em nome da celeridade requereu que ao Juízo que se desse por competente, provisoriamente, e devolvesse os autos para que fosse esclarecido a ocorrência do crime, bem como o local e o período em que os saques ocorreram. O pedido foi acolhido (ID 254663121 – pág. 11).

Realizadas diligências complementares, a Caixa Econômica Federal informou que o benefício do bolsa-família concedido a Bráulio foi bloqueado em maio de 2014, vindo, posteriormente, a ser cancelado no mesmo ano (ID 254663123 – fls. 119/144). Já as informações prestadas pela Secretaria Nacional de Renda e Cidadania sinalizaram que tanto Bráulio Ribeiro Neto quanto TEREZINHA APARECIDA RAMOS constavam do cadastro único e foram, de forma independente, beneficiados pelo Programa Social do Bolsa Família.

De fato, consta do ofício que o benefício de titularidade de Bráulio foi pago no período de agosto de 2011 a abril de 2014, com últimos pagamentos registrados no Município de Cerqueira César, enquanto TEREZINHA teve seu benefício concedido em janeiro de 2008. O benefício foi pago até janeiro de 2010, em Avaré/SP. Após suspensão por motivos não esclarecidos, o pagamento do benefício foi reiniciado em fevereiro de 2011 e perdurou até abril de 2014, com últimos pagamentos registrados no Município de Cerqueira César/SP. Por fim, após longo período de suspensão, o benefício foi retomado por TEREZINHA em julho de 2018, cujo recebimento também passou a ocorrer no Município de Cerqueira César.

Em declarações prestada perante à autoridade policial, BRÁULIO RIBEIRO NETO esclareceu que

“...já recebeu valores do programa assistencial ‘bolsa-família’, no período do final do ano de 2011 a maio do ano de 2013; III) que, os benefícios foram recebidos em nome dos seus filhos Gabriel Aparecido Ribeiro Liberato e Fátima Aparecida Ribeiro Liberato, não em nome próprio; IV) que, a renda mensal ‘per capita’ de sua família à época em que recebia o benefício era de um salário mínimo trabalhando como borracheiro e sua esposa Terezinha de prendas domésticas; V) O declarante viveu em união estável com Terezinha Aparecida Ramos por cerca de três anos morando na mesma casa; VI) O declarante conviveu com Terezinha no período do ano de 2010 a maio de 2013 e, a partir do ano de 2011, quando obteve a guarda dos filhos Gabriel e Fátima passou a receber o benefício do programa ‘bolsa Família’; VII) que, o declarante não sabe informar se Terezinha e/ou os descendentes dela receberam o “bolsa Família” enquanto conviviam juntos, informa que Terezinha tinha uma filha menor de idade que morava em sua companhia; VIII) O declarante esclarece que antes da sua união estável com Terezinha, foi casado e teve três filhos, quando se uniu a Terezinha a mesma tinha um filha de outro relacionamento, assim, quando do ano de 2011 obteve a guarda dos seus filhos Gabriel e Fátima, realmente recebeu o benefício do ‘bolsa família’ e provavelmente Terezinha Também recebia o benefício referente a filha dela. Esclarece finalmente que embora conviverem em união estável no mesmo lar, o declarante tinha seus dependentes e Terezinha tinha também uma dependente, que tal situação foi objeto de estudo com a Assistente Social de Água de Santa Barbara que possivelmente aprovou o pagamento dos dois benefícios; IX) O declarante provavelmente declarou que sua família, à época (2011 a 2014), era também integrada por Terezinha e afilha dela menor...”

Percebe-se pelo termo de declarações de Bráulio e pelas informações prestadas pela Secretaria Nacional de Renda e Cidadania que, embora ele e TEREZINHA tenham mantido união estável entre 2010 a 2013, em parte considerável do período ambos receberam, de forma distinta, mas concomitante, benefícios do bolsa-família, o que pode, em tese, sinalizar a prática de fraude nas declarações prestadas por ambos sobre o núcleo familiar que compunham e, em consequência o recebimento indevido do benefício.

Dessa forma, duas são as situações possíveis a serem investigadas e, eventualmente, julgadas: (i) o recebimento indevido do benefício do bolsa família por Bráulio Ribeiro Neto e Terezinha Aparecida Ramos no período de agosto de 2011 a abril de 2014, porque concomitantes e relativos a unidades familiares diferentes, quando, na verdade, conviviam em união estável; (ii) o recebimento indevido, por Terezinha Aparecida Ramos, do benefício de titularidade de Bráulio, em abril de 2014, quando esse veio a ser preso, visto que em maio desse mesmo ano o referido benefício foi suspenso e, posteriormente, cancelado.

No segundo caso, o recebimento do benefício ocorreu, de acordo com as informações prestadas pela Secretaria Nacional de Renda e Cidadania, no Município de Cerqueira César/SP, já os locais de pagamento dos benefícios recebidos concomitantemente por Bráulio e Terezinha ocorreram em diversos locais, a saber:

A. Benefício de titularidade de BRÁULIO RIBEIRO NETO (NIS 12389002686) – código familiar nº 30249150 – recebimento em Águas de Santa Bárbara entre agosto e dezembro de 2011; recebimento em Avaré entre janeiro e setembro de 2012 e janeiro de 2013; e recebimento em Cerqueira César entre outubro e dezembro de 2012 e fevereiro a abril de 2014.

B. Benefício de titularidade de TEREZINHA APARECIDA RAMOS (NIS 16576445084) – código familiar nº 25102897 - recebimento em Águas de Santa Bárbara entre agosto e dezembro de 2011; recebimento em Avaré entre janeiro e setembro de 2012; e recebimento em Cerqueira César entre outubro de 2012 e abril de 2014.

Conforme aduz o art. 70, caput, do Código de Processo Penal, a competência é, em regra, determinada pelo lugar em que se consuma a infração. Em se tratando de delito de estelionato, a infração se consuma no momento e no local no qual é obtida a vantagem indevida.

Nesse sentido, a competência para análise do suposto recebimento indevido de benefício de titularidade alheia por Terezinha Aparecida Ramos, em abril de 2014, ocorrido em Cerqueira César é da 32ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, personificada no Juízo Federal de Avaré/SP, que é o responsável pelos Municípios de Arandu, Avaré, Cerqueira Cesar, Iaras, Itai, Paranapanema e Taquarituba.

Já o suposto delito de estelionato praticado por Bráulio e Terezinha, em razão do recebimento concomitante, e, portanto, indevido de benefícios do bolsa família distintos, ligados a grupos familiares distintos, embora vivessem ambos em união estável, se caracteriza por uma pluralidade de condutas, visto que os diversos saques efetuados pelos investigados ocorreram em locais vários.

Nesse sentido, entende o juízo suscitado (Juízo Federal de Ourinhos/SP) que a competência seria do Juízo onde praticado o maior número de infrações, enquanto

o juízo suscitante defende sua incompetência em razão da prevenção do Juízo de Avaré, visto tratar-se de delito cometido em continuidade delitiva.

Ocorre que, o recebimento de benefício social, mês a mês, por beneficiário que não fazia jus ao recebimento não difere da situação daquele que pratica crime de estelionato previdenciário, ao receber, indevidamente, benefícios da Previdência Social após tê-la, por qualquer meio, induzida a erro. E, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o crime de estelionato previdenciário, quando praticado por quem auferir o benefício indevido, tem natureza permanente, uma vez que a ofensa ao bem jurídico tutelado é reiterada, mês a mês, enquanto não há a descoberta da fraude.

Tratando-se de crime permanente, no qual a pluralidade de condutas é praticada em jurisdições diversas, a competência é fixada pela prevenção, que, nesse caso, também é da 32ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo (Avaré e Cerqueira Cesar), uma vez que o Juízo Federal de Avaré/SP foi o primeiro a tomar conhecimento do feito, tendo deliberado sobre os primeiros atos de investigação.

Assim, estando todos fatos investigados ligados ao Juízo Federal de Avaré/SP, é ele o competente para processar e julgar o feito.

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito, declarando a competência do Juízo Federal de Avaré/SP para processar e julgar os fatos apurados no bojo do Inquérito Policial nº 0582/2015-4 - DPF/BRU/SP.

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL **5001468-20.2022.4.03.0000**

Impetrante: ELAINE HAKIM MENDES, JACQUELINE TERCENIO
Impetrados: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ARAÇATUBA/SP - 2ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO BRABO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 01/07/2022

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS REALIZADO POR CORREIO ELETRÔNICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ATO COATOR. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O mandado de segurança observa em seu procedimento rito sumário, que prima pela celeridade, não admitindo instrução probatória. Assim, o direito deve estar comprovado pela inicial e pelos documentos que a instruem.
2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para fins de protocolo de petições e interposição de recursos, o uso de correio eletrônico não se equipara ao processo eletrônico, carecendo de amparo legal os peticionamentos realizados por este meio por não preencherem as especificações e exigências necessárias como número de registro, certificação e assinatura digital.
3. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu, denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Jacqueline Terêncio, por meio de sua advogada Dra. Elaine Hakim Mendes, contra ato imputado ao Juízo Federal da 2ª Vara de Araçatuba/SPP, nos autos nº 0000842-45.2015.403.6107.

Sustenta a impetrante, em síntese, que:

- a) foi absolvida do delito a ela imputado nos autos da ação penal nº 0000842-45.2015.403.6107 por ocasião do julgamento da apelação criminal, pela Quinta Turma deste Tribunal, sendo determinado, expressamente, a restituição dos bens e valores da impetrante apreendidos por ocasião da deflagração da Operação Brabo;
- b) em 03/09/2021, a Secretaria de 2ª Vara Federal de Araçatuba enviou email à Divisão e Coordenação e Julgamento da Quinta Turma deste Tribunal comuni-

cando a impossibilidade de cumprimento do v. acórdão para restituição dos bens, sob a alegação de ausência de número da conta, valor depositado, destinatário do numerário, entre outros, tendo em vista que os autos da Apelação Criminal nº 0000842-45.2015.403.6107 ainda não baixaram à origem;

c) requerida a restituição dos bens perante este Tribunal nos autos da ApCrim 0000842-45.2015.403.6107, o Eminentíssimo Desembargador Relator, em 19/11/2021, proferiu decisão no sentido de que a restituição dos bens pretendidos por Jacqueline Terêncio é providência que, na prática, deve ser efetivada pelo juízo de origem, responsável pelo ato de constrição; no referido despacho foi determinada a certificação do trânsito em julgado para a impetrante e para o Ministério Público Federal, bem como autorizada a vista e acesso dos autos da apelação criminal à defesa da impetrante para seleção e eventual extração de cópias que entender cabíveis;

d) a defesa técnica da impetrante colacionou ao juízo de origem as cópias necessárias para efetivar a restituição devida (peças produzidas na deflagração, auto circunstanciado de busca e arrecadação, auto de apreensão dos aparelhos telefônicos descritos, guia de depósito judicial com os informes do valor apreendido no importe de R\$ 48.580,00, bem como cópia da decisão do trânsito em julgado e publicação no DJE) e mesmo após o pedido ser instruído em expediente no PJe Digital, o Juízo da 2ª Vara de Araçatuba entendeu pela impossibilidade de apreciado do pedido por não estar inserido em autos com tramitação regular;

e) é inconcebível que sejam necessários os autos principais para a viabilização da restituição, tendo em vista que todas as peças necessárias foram colacionadas, minuciosamente; ademais, não há previsão para a baixa dos autos em razão da multiplicidade de réus, com vários recursos pendentes de apreciação.

Comprovado o direito líquido e certo da impetrante e o periculum in mora em razão do abuso da autoridade impetrada, requer a concessão de tutela emergencial para o fim de se determinar ao juízo de origem que, obedecendo ao que foi determinado por este Tribunal, viabilize expediente para restituir o dinheiro e o aparelho celular da impetrante com a maior brevidade possível. No mérito, pleiteia a concessão definitiva da segurança.

Foram juntados documentos aos autos.

Em despacho id 252200729 foi determinado à impetrante promover a juntada de uma via da guia GRU referente ao pagamento das custas, bem como comprovar, documentalmentemente, o pedido realizado em primeiro grau.

Em aditamento à petição inicial (id 253181788), a impetrante apenas juntou a guia de custas iniciais (id 253181789).

A autoridade impetrada prestou informações (id 254582125).

O Procurador Regional da República, Dr. Uendel Domingues Ugatti, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a prevenir e coibir ilegalidade ou abuso de poder em face de direito líquido e certo.

No presente caso, objetiva a impetrante, em apertada síntese, seja assegurado, por meio deste remédio constitucional, seu direito de restituição de bens anteriormente apreendidos por ocasião da deflagração da Operação Quinta Roda, em razão de acórdão proferido pela Quinta Turma deste Tribunal nos autos da da Apelação Criminal nº 0000842-45.2015.403.6107 que, em 05/04/2021, absolveu a impetrante do delito a ela imputado (art. 35, caput c.c. art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006) e determinou a devolução dos seus bens apreendidos (dinheiro em espécie e aparelho celular).

O referido acórdão transitou em julgado para o Ministério Público Federal em 06/07/2021 e para a ora requerente em 11/11/2021 (id 252200730, pág. 07 e 09).

Aduz a impetrante que a Divisão de Coordenação e Julgamento da 5ª Turma deste Tribunal recebeu email de servidor da 2ª Vara de Araçatuba, informando que, em casos de ausência de ordem específica do Tribunal para cumprimento imediato, aquele Juízo cumpre as determinações dos acórdãos somente quando da devolução dos autos à primeira instância.

Assim, considerando que não há data prevista para baixa dos autos principais ao juízo de origem em virtude de recursos das demais partes pendentes de apreciação, a defesa da impetrante peticionou nos autos principais (Apelação Criminal nº 0000842-45.2015.403.6107) requerendo a este Relator o levantamento dos bens da ora impetrante, quando então foi proferida a seguinte decisão:

"(...) Em atenção ao pedido deduzido pela defesa de Jacqueline Terêncio, observo que o acórdão de fls. 6912/6914, diante da absolvição da imputação prevista no art. 35, caput c.c. art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, determinou a restituição dos bens apreendidos, providência que, na prática, deve ser efetivada pelo juízo de origem que é o responsável pelo ato de constrição. Portanto, com vistas a viabilizar os requerimentos cabíveis pela defesa, providencie a Secretaria Unificada das Turmas Criminais a certificação do trânsito em julgado para defesa da ré-apelante Jacqueline Terêncio e também para o Ministério Público Federal, ante a expressa manifestação de fls. 7011/7012 e vº., providência esta igualmente requerida pela defesa de Alejandro Juvenal Herbas Camacho Júnior. Ainda, autorizo vista e acesso aos autos para a defesa de Jacqueline Terêncio, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, observado o prévio agendamento via email institucional e a advertência que a identificação, seleção e eventuais cópias do processo devem ser obtidas com instrumentos e recursos próprios. Cumpridas as determinações e observado o decurso dos prazos cabíveis, tornem conclusos para apreciação dos embargos declaratórios opostos pela defesa de Clayton Macedo Kubagawa (fls. 7041/7050). Intime-se. Cumpra-se."

Sustenta a impetrante que sua defesa, munida das peças produzidas na deflagração (auto circunstanciado de busca e apreensão, auto de apreensão dos aparelhos telefônicos descritos, guia de depósito judicial com os informes do valor apreendido no importe de R\$ 48.580,00, cópia da decisão absolutória, certidão de trânsito em julgado e publicação no DJE), requereu junto ao juízo impetrado, por meio do *PJe Digital*, pedido avulso para a devolução dos bens determinado no acórdão. Contudo, a serventia do Juízo da 2ª Vara de Federal de Araçatuba/

SP recusa-se a cumprir a ordem desse Relator, enviando o seguinte e-mail à advogada da impetrante:

“Senhora Advogada, boa tarde.

Inicialmente, confirmo o recebimento da presente mensagem.

Porém, por orientação judicial, informo que o pleito constante na petição anexa não será analisado, tendo em vista não estar inserido em autos com tramitação regular.”

Registre-se que o mandado de segurança observa em seu procedimento rito sumário, que prima pela celeridade, não admitindo instrução probatória. Assim, o direito deve estar comprovado pela inicial e pelos documentos que a instruem. No caso, a impetração não veio instruída com cópia do pedido formulado ao juízo de primeiro grau ou com as mensagens eletrônicas mencionadas e transcritas na petição inicial.

Contudo, proferi despacho (id 252200729) para o fim de determinar à impetrante, além da juntada da guia com recolhimentos das custas iniciais, a comprovação documental do pedido de devolução dos bens realizado perante o juízo de primeiro grau.

A impetrante, por sua vez, apesar de devidamente intimada, cumpriu parcialmente a determinação, juntando apenas a guia de custas iniciais (ids 253181788 e 253181789), o que ensejou o indeferimento da liminar.

Requisitadas as informações, a autoridade impetrada informou que a impetrante *Jacqueline Terêncio* entrou em contato com aquele juízo, através de e-mail, instruindo o pedido com as peças por ela consideradas relevantes para a restituição dos bens. Salientou que aquele juízo não se recusou ao cumprimento do acórdão, mas deliberou por aguardar o retorno dos autos para então dar cumprimento à decisão da 5ª Turma para devolução dos referidos bens apreendidos, considerando não possuir, nesse momento, jurisdição sobre o caso e tampouco acesso aos autos pelo sistema PJe 1º e 2º Graus, já que o feito tramita neste Tribunal em meio físico e não digital.

Com efeito, não está demonstrado pelos elementos dos autos qualquer ato derivado de ato comissivo ou relevante omissão por parte do Juízo Federal da 2ª Vara de Araçatuba/SP.

Sem adentrar ao mérito da demanda, o pedido de restituição de bens, ainda que em razão de Acórdão absolutório transitado em julgado, não pode ser deduzido e processado perante o juízo de primeiro grau por meio de correio eletrônico (e-mail) ante a inexistência de previsão legal, estando caracterizada a inadequação da via eleita pela impetrante para tal fim.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para fins de protocolo de petições e interposição de recursos, o uso de correio eletrônico não se equipara ao processo judicial eletrônico, carecendo de amparo legal os peticionamentos realizados por este meio por não preencherem as especificações e exigências necessárias como número de registro, certificação e assinatura digital.

Nesses termos, não se observa qualquer ato ilegal ou abusivo perpetrado pela autoridade impetrada ao deixar de analisar o mérito do pedido da impetrante formulado pelo correio eletrônico daquela instituição.

Ante o exposto, *denego a segurança*.

É o voto.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL **5002420-41.2022.4.03.6000**

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Agravado: JURACI OLIVEIRA DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 12/08/2022

EMENTA

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. INTERNO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL. PROGRESSÃO DE REGIME. COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL CORREGEDOR DO PRESÍDIO. PERMANÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 2º, parágrafo único (incluído pela Lei n. 13.964/19), e art. 4º, § 1º, ambos da Lei n. 11.671/08, o Juiz Federal Corregedor do Presídio é competente para analisar a progressão de regime do reeducando em cumprimento de pena no Sistema Penitenciário Federal.

2. A 5ª Turma negou provimento ao agravo de execução penal, mantendo o agravante cumprindo pena no Sistema Penitenciário Federal, pois a concessão de progressão de regime a presos inseridos nesse sistema encontra óbices nos próprios motivos ensejadores da sua inclusão (alta periculosidade, liderança da organização criminosa, atividades nocivas para desestabilizar o sistema penitenciário e a segurança pública), sendo que eventual progressão de regime fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a remoção do paciente para o estabelecimento prisional federal (STJ, Ag. Reg. no CC n. 131887 2013.04.14599-9, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03.04.14; TRF da 3ª Região, AgExPe n. 5005622-60.2021.4.03.6000, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 08.11.21).

3. O reeducando é líder de organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, reconhecido em sentenças condenatórias transitadas em julgado, e manteve sua liderança inclusive no período em que estava preso na penitenciária de Alta Segurança de Charqueadas (RS).

4. Considerado seu altíssimo grau de periculosidade e relevante potencial de desestabilizar o Sistema Penitenciário Estadual, e remanescendo os motivos que justificaram a sua remoção para o estabelecimento prisional federal, deve ser mantido o cumprimento da pena na Penitenciária Federal de Campo Grande (MS), em regime fechado.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quinta Turma, por unanimidade, decidiu, DAR PROVIMENTO ao Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão (Id. n. 254879415, pp. 94/96) que, nos autos da Execução Penal n. 5041229-48.2010.8.21.1001, deferiu o pedido de progressão de regime e promoveu o reeducando Juraci Oliveira da Silva, interno na Penitenciária Federal de Campo Grande (MS) e oriundo do sistema prisional do estado do Rio Grande do Sul, para o regime semiaberto, determinando o seu retorno ao Juízo de origem, no prazo de 15 (quinze) dias, para que seja incluído em estabelecimento compatível com o seu regime prisional.

Alega o agravante o quanto segue:

a) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que, para o preenchimento do requisito subjetivo para a progressão de regime de cumprimento de pena, exige-se, além do atestado de boa conduta carcerária, a análise de outras peculiaridades do caso concreto e a ponderação das circunstâncias ocorridas no bojo da execução penal;

b) no caso, a inexistência de merecimento para gozar do benefício é revelado pelo próprio motivo ensejador da inclusão no Sistema Penitenciário Federal;

c) não cabe ao Juízo Federal Corregedor conceder eventual progressão de regime em dissonância com o Juízo de origem do preso, que sequer foi consultado a respeito de eventual concessão do benefício;

d) o Juízo a quo deferiu a progressão de regime durante a vigência dos motivos que ensejaram a inclusão do interno no Sistema Penitenciário Federal, havendo expressa decisão de renovação de permanência vigente até 03.11.22 e, consequentemente, sem que restasse preenchido o requisito subjetivo exigido para a concessão;

e) a decisão recorrida viola os princípios processuais do contraditório e da cooperação;

f) requer a reforma da decisão, indeferindo-se a progressão de regime ao reeducando (Id. n. 254879415, pp. 112/128).

Foram apresentadas contrarrazões (Id. n. 254879415, pp. 155/164).

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (Id. n. 254879415, p. 187).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Marcus Vinícius de Viveiros Dias, manifestou-se pelo provimento do recurso (Id. n. 256251028).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

VOTO

Inicialmente, indico o julgamento conjunto do presente feito com o Agravo Regimental no Agravo em Execução Penal n. 5002035-93.2022.4.03.6000.

Verifica-se dos autos do Pedido de Providências n. 7000146-41.2020.4.03.6000 que a Polícia Civil do estado do Rio Grande do Sul apresentou Relatório Técnico com

perfil criminal de Juraci Oliveira da Silva para subsidiar requerimento de inclusão no Sistema Penitenciário Federal e aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, apontando “ser de extrema urgência e relevância a medida proposta, em razão de ser temerária a manutenção de JURACI no sistema prisional gaúcho, havendo de ser consignado que se trata de líder de organização criminosa. O perfil do preso e seu histórico de violência recomendam o seu envio para o sistema prisional federal.” (Id. n. 257318554, pp. 21/31, Id. n. 257318556, pp. 01/15 e Id. n. 257318557, pp. 01/05).

Após indeferimento do Juízo de origem, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul determinou a transferência de Juraci Oliveira da Silva ao sistema penitenciário federal de segurança máxima, ao dar provimento ao Agravo em Execução n. 0073396-05.2020.8.21.7000, interposto pelo Ministério Público Estadual, j. 30.07.20, conforme a seguinte ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRANFERÊNCIA A ESTABELECIMENTO PENAL FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA. INTERESSE DA SEGURANÇA PÚBLICA. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

Interessa à segurança pública (Lei 11.671/08, artigo 3º) a transferência, ao sistema penitenciário federal, de apenado que, apontado como líder de organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, já registrou envolvimento em pelo menos oito fatos delituosos enquanto recolhido ao sistema prisional estadual.

Em tal contexto, basta à inclusão de apenado no regime disciplinar diferenciado a existência de “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada” (LEP, art. 52, § 1º, inciso II), presente na hipótese, em que a liderança de organização criminosa já foi, inclusive, reconhecida em sentenças condenatórias transitadas em julgado.

Decisão reformada.

AGRAVO PROVIDO (Id. n. 257318554, pp. 13/19).

Em 09.11.20, Juraci Oliveira da Silva foi removido para o Sistema Penitenciário Federal, para cumprimento pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta dias), conforme decisão do Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Campo Grande (MS), nos autos do Pedido de Providências n. 7000146-41.2020.4.03.6000 (Id. n. 253871093, p. 254879412, pp. 77/80 e Id. n. 257318565, pp. 50/53).

Com a proximidade do término do referido prazo, a Diretoria do Sistema Penitenciário Federal manifestou-se desfavoravelmente ao retorno de Juraci Oliveira da Silva ao Estado de origem, uma vez que subsistem os motivos ensejadores da sua inclusão no sistema penitenciário federal, considerando seu altíssimo grau de periculosidade e relevante potencial de desestabilizar o Sistema Penitenciário Estadual (Id. n. 257318565, pp. 89/90). No mesmo sentido, é a manifestação do Chefe da Polícia Civil do estado do Rio Grande do Sul (Id. n. 257318565, pp. 150/169 e Id. n. 257318566, pp. 01/14).

Em 20.10.21, o Juízo Estadual da 2ª Vara das Execuções Criminais de Porto Alegre (RS) admitiu a renovação do preso no Sistema Prisional Federal por mais 01 (um) ano, no interesse do sistema penitenciário e da preservação da ordem e segurança públicas (Id. n. 257318566, pp. 15/31), o que foi autorizado pelo Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Campo Grande (MS), nos seguintes termos:

O Juízo de origem (Juízos de Direito das 1ª e 2ª Varas de Execuções Penais da Comarca de Porto Alegre (RS)) deferiram a permanência do apenado JURACI OLIVEIRA DA SILVA no Presídio Federal de Campo Grande, pois restaram demonstrados a liderança do preso na facção criminosa "Os Abertos" e sua extrema periculosidade. Ademais, o preso registra sentenças condenatórias pela prática dos crimes de homicídios qualificados, tráfico de drogas e associação ao tráfico, registrando uma pena total a cumprir de 52 anos e 01 mês de reclusão. Além disso, têm, contra si, mais 04 processos em andamento, sendo 03 com denúncia recebidas pelos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e homicídio qualificado. O interno possui grande poder econômico.

O Departamento Penitenciário Nacional se manifestou pela permanência do preso no Presídio Federal de Campo Grande com as seguintes razões:

"No presente caso, a Diretoria do Sistema Penitenciário Federal entende que o referido interno ainda possui relevante potencial de desestabilizar o Sistema Penitenciário Estadual.

9. Diante do exposto, a Diretoria do Sistema Penitenciário Federal é desfavorável ao retorno do nominado ao Estado de origem, uma vez que subsistem os motivos ensejadores da inclusão." (Mov.31.1)

A permanência de preso, condenado ou provisório, no sistema penitenciário federal é medida excepcional e temporária, que tem como objetivo principal a desarticulação de grupos criminosos, com o afastamento das principais lideranças de sua área de atuação.

Trata-se de solução extremamente gravosa, considerando as regras de segurança das unidades prisionais federais, onde o preso permanece 22 (vinte e duas) horas em isolamento celular, com 2 (duas) horas de banho de sol, bem como com visitas virtuais ou por parlatório, separadas por vidro, monitoramento de todos os meios de comunicação, além das rígidas regras disciplinares, que visam coibir a subversão da ordem interna do estabelecimento penal federal.

Desta forma, entendo que a manutenção de preso em sistema tão rígido deve ser precedida de criteriosa análise da necessidade da medida, a cada período de permanência.

Neste sentido, foi verificado pelo Setor de Inteligência do DEPEN que o interno possui relevante potencial de desestabilizar o Sistema Penitenciário Estadual.

Consta que o Juízo de origem tem fortes indícios de que o preso ainda possui influência e liderança na organização criminosa "Os Abertos", agravados por seu poder financeiro.

Posto isso, autorizo a renovação da permanência do interno no PFCG (...). – (Id. n. 257318566, pp. 53/54).

Em 22.02.22, o Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Campo Grande (MS) deferiu, nos autos da Execução Penal n. 5041229-48.2010.8.21.1001, o pedido de progressão de regime e promoveu o reeducando Juraci Oliveira da Silva para o regime semiaberto, determinando o seu retorno ao Juízo de origem, no prazo de 15 (quinze) dias, para que seja incluído em estabelecimento compatível com o seu regime prisional, conforme segue:

(...) Deste modo, para que o preso obtenha o benefício de progressão de regime é necessário que satisfaça o requisito objetivo e subjetivo, devendo a decisão que conceder o benefício ser fundamentada e precedida da oitiva do Ministério Público e da defesa.

O *requisito objetivo* consiste no cumprimento dos patamares previstos nas legislações supra mencionadas, devendo ser aplicada a norma que for mais benéfica ao sentenciado.

O *requisito subjetivo* diz respeito ao mérito do condenado, ou seja, à sua capacidade de se adequar a um regime menos gravoso. A comprovação deste requisito é feita pela apresentação de atestado de bom comportamento carcerário, expedido pelo diretor do estabelecimento penal.

No caso em tela, verifico que o sentenciado atingiu o requisito objetivo para progressão de regime para o semiaberto em 03/11/2015 (Mov. 397.1).

De outro lado, *foi acostada a certidão de conduta carcerária, atestando que o preso possui boa conduta*, satisfazendo o requisito subjetivo para concessão do benefício pleiteado. (Mov. 420.2).

O Ministério Público Federal opinou contrariamente ao pedido de progressão de regime, considerando que o interno não preencheu o requisito subjetivo, considerando que o deferimento da permanência do preso no sistema penitenciário federal, seria incompatível como o deferimento do benefício pleiteado (Mov. 409.1 e Mov. 425.1).

Neste ponto, faço uma ressalva quando a mudança de entendimento deste Juiz Corregedor, *uma vez que os benefícios prisionais são devidos aos presos que cumprem apenas as regras estabelecidas na Lei de Execução Penal*, desde que deferidos pelo Juízo Competente para apreciação do pleito.

Neste sentido, a execução da pena privativa de liberdade, enquanto perdurar a custódia do preso no sistema penitenciário federal, é de competência do Juízo Federal Corregedor do Presídio Federal, nos termos do art. 2º, § único, e art. 4, § 1º, da Lei 11.671, de 8 de maio de 2008.

Desta forma, deixei de solicitar manifestação do Juízo de origem, quanto a concordância com o retorno do apenado (Mov. 415.1), no caso de concessão de benefícios prisionais, considerando que a análise de outras questões, não relacionadas a execução da pena, configuraria verdadeiro regime de exceção dentro das penitenciárias federais, imputando ao preso, muitas vezes, a impossibilidade de usufruir do sistema progressivo de cumprimento de pena.

Assim sendo, *DEFIRO* o pedido de progressão de regime e promovo o reeducando *JURACI OLIVEIRA DA SILVA* para o regime semiaberto, uma vez que o interno cumpriu os requisitos objetivos (lapso temporal) e subjetivo (bom comportamento carcerário), nos termos art. 112, caput, da Lei de Execuções Penais, determinando o seu retorno ao Juízo de origem (Juízo da 1ª e 2ª Varas de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre/RS), *no prazo de 15 (quinze) dias*, para que seja incluído em estabelecimento compatível com o seu regime prisional (SEMIABERTO). (Id. n. 254879415, pp. 94/96).

Agravo de execução penal. Progressão de regime. Impossibilidade. Interno do Sistema Penitenciário Federal. Permanência dos motivos que ensejaram a transferência. A 5ª Turma negou provimento ao agravo de execução penal, mantendo o agravante cumprindo pena no Sistema Penitenciário Federal, pois a concessão de progressão de regime a presos inseridos nesse sistema encontra óbices nos próprios motivos ensejadores da sua inclusão (alta periculosidade, liderança da organização criminosa, atividades nocivas para desestabilizar o sistema penitenciário e a segurança pública), sendo que eventual progressão de regime fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a remoção do paciente para o estabelecimento prisional federal (STJ, Ag. Reg. no CC n. 131887 2013.04.14599-9,

Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03.04.14; TRF da 3ª Região, AgExPe n. 5005622-60.2021.4.03.6000, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 08.11.21).

Do caso dos autos. O Ministério Público Federal pleiteia a reforma da decisão proferida pelo Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Campo Grande (MS) nos autos da Execução Penal n. 5041229-48.2010.8.21.1001 que deferiu o pedido de progressão de regime e promoveu o reeducando Juraci Oliveira da Silva para o regime semiaberto, determinando o seu retorno ao Juízo de origem, no prazo de 15 (quinze) dias, para que seja incluído em estabelecimento compatível com o seu regime prisional.

Inicialmente, observo que, nos termos do art. 2º, parágrafo único (incluído pela Lei n. 13.964/19), e art. 4º, § 1º, ambos da Lei n. 11.671/08, o Juiz Federal Corregedor do Presídio é competente para analisar a progressão de regime do reeducando em cumprimento de pena no Sistema Penitenciário Federal, como bem apontaram a defesa e o Ilustre Procurador Regional da República em seu parecer.

No mérito, assiste razão ao agravante.

O reeducando é líder de organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, reconhecido em sentenças condenatórias transitadas em julgado, com antecedentes pela prática de crimes de homicídio (por seis vezes), tráfico de drogas (por três vezes), associação para o tráfico (por duas vezes), porte ilegal de arma de fogo (por duas vezes), associação criminosa (por uma vez) e porte ilegal de explosivos (por uma vez), conforme Relatório Técnico da Polícia Civil do estado do Rio Grande do Sul.

Conhecido como “Jura”, o ora agravado alcançou o patamar mais elevado na hierarquia, chegando ao posto de líder de célula da organização criminosa gaúcha “Os Abertos” e manteve sua liderança inclusive no período em que estava preso na penitenciária de Alta Segurança de Charqueadas (RS), conforme sentença condenatória proferida nos autos da ação penal n. 001/2.10.0049983-7 da 2ª Vara Criminal do Foro Regional do Partenon de Porto Alegre (RS), e referido Relatório Técnico (Id. n. 257318554, pp. 26/30).

Ademais, já possui um episódio de fuga, em abril de 2009, quando deixou de retornar ao Instituto Penal Padre Pio Buck, onde cumpria pena no regime semiaberto, sendo recapturado em maio de 2010 em Pedro Juan Caballero, no Paraguai (Id. n. 257318556, p. 8).

A Diretoria do Sistema Penitenciário Federal manifestou-se desfavoravelmente ao retorno de Juraci Oliveira da Silva ao Estado de origem, considerando seu altíssimo grau de periculosidade e relevante potencial de desestabilizar o Sistema Penitenciário Estadual (Id. n. 257318565, pp. 89/90).

Assim, remanescendo os motivos que justificaram a sua remoção para o estabelecimento prisional federal, deve ser mantido o cumprimento da pena de Juraci Oliveira da Silva na Penitenciária Federal de Campo Grande (MS), em regime fechado.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Agravado em Execução interposto pelo Ministério Público Federal.

É o voto.

Direito Tributário



AGRAVO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0020203-31.1999.4.03.6100

Agravante: ASSOCIAÇÃO DO SANATÓRIO SÍRIO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: ASSOCIAÇÃO DO SANATÓRIO SÍRIO, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO

Disponibilização do Acórdão: DJEN 03/08/2022

EMENTA

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC/1973. HOSPITAL. PROFISSIONAIS CONTRATADOS POR MEIO DE OUTRAS EMPRESAS. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

- A lide posta nos autos diz respeito a aspectos de direito e de fato pertinentes à NFLD nº 31.913.280-3, especificamente sobre a natureza jurídica das tarefas médicas, vale dizer, se há relação de emprego ou se resta configurada prestação de serviços. E, permeando essa lide, há o dever de o Fisco justificar sua autuação (uma vez que o lançamento tributário, no caso concreto, depende de elementos de fato) e, por consequência, o ônus da prova do contribuinte em afastar a presunção de veracidade e de validade das afirmações da fiscalização.

- A Súmula nº 331 do E.TST tinha orientação restritiva da terceirização de serviços, mas sobreveio a Tese firmada pelo E.STF no Tema 725, segundo a qual *“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante”*.

- Segundo o laudo pericial, não há prova de que os médicos que prestaram serviço para a agravante mantinham com ela vínculo empregatício, haja vista a ausência de subordinação e pessoalidade, características da relação de emprego. A autuação não apresenta provas suficientes para embasar a sua conclusão, limitando-se a fundamentos genéricos, com menção a apenas uma das prestadoras de serviços, apoiando-se na conclusão de que os serviços estavam relacionados às atividades-fim da agravante.

-Agravado interno provido para dar provimento à apelação, julgando procedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao agravo interno e, con-

sequentemente, reformar a decisão monocrática para dar provimento à apelação da parte autora a fim de anular a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 31.913.280-3, desconstituindo o crédito tributário correspondente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto por ASSOCIAÇÃO DO SANATÓRIO SÍRIO em face da decisão monocrática proferida pelo e. Desembargador Federal Souza Ribeiro, nesta ação anulatória de débitos, que negou provimento à sua apelação, à da União Federal e ao reexame necessário.

A agravante alega, preliminarmente, a impossibilidade de aplicação ao caso da norma do art. 557 do CPC/73, porquanto já se encontrava revogada pelo CPC de 2015 quando da prolação da decisão agravada. Ademais, sustenta a ausência dos requisitos legais para o julgamento do caso nos termos do art. 932 do CPC atual. Ressalta que o julgamento monocrático trouxe prejuízo à defesa, pois se viu impedida de realizar sustentação oral, acrescentando que a interposição de agravo interno também afasta a possibilidade de aplicação ao feito do disposto no art. 942 do CPC. Com isso, pede a decretação da nulidade da decisão.

Quanto ao mérito, narra que esta ação objetiva desconstituir a NFLD nº 31.913.280-3, referente à autuação pelo fato de ter celebrado contratos de prestação de serviços médicos com empresas dedicadas a tanto, o que, supostamente, seria vedado pelo ordenamento jurídico, uma vez que esses serviços diziam respeito a atividade-fim exercida. Dessa forma, foram desconstituídas as relações jurídicas de prestação de serviço, conferindo-lhes tratamento tributário de relação empregatícia. Todavia, alega que a fiscalização, em nenhum momento teria afe-rido ou comprovado que os médicos encaminhados pelas empresas prestadoras de serviços contratadas para execução do objeto dos contratos eram sempre os mesmos, sequer os individualizando, conclusão que afasta o preenchimento dos pressupostos de uma relação de emprego, quais sejam, subordinação, habitualidade, pessoalidade e remuneração. Cita a tese firmada pelo E. STF no RE 958.252, segundo a qual “[é] lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. Também menciona o julgado na ADPF nº 324, segundo o qual a terceirização não configura relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Com isso, procura demonstrar a inadequação da fundamentação utilizada pela decisão agravada. Argumenta que os documentos analisados pela fiscalização não permitem concluir pela existência de subordinação entre os profissionais contratados e a agravante, ou entre os primeiros e o Diretor Clínico do Hospital, cargo obrigatório nos termos do art. 28 do Decreto nº 20.931/1932. Eventual subordinação, se existisse, seria técnica e não, jurídica. Também sustenta que não há impedimento para a terceirização de atividades técnicas, com funções especializadas (fisioterapia, psicologia, terapia ocupacional, radiologia, exames laboratoriais, entre outras), conforme já decidiu o E. TST, destacando que, no

caso, a fiscalização, além de médicos, também apontou a contratação irregular de técnicos em ultrassonografia, tomografia, ressonância, etc. Com isso, pede a nulidade da decisão e, subsidiariamente, o provimento do recurso.

A agravada apresentou contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO (RELATOR): Conheço do recurso de agravo interno interposto, nos termos do art. 1.021 do CPC.

Preliminarmente, a agravante alega a nulidade da decisão monocrática, tendo em vista que foi proferida em 07/06/2019, com fundamento no art. 557 do CPC/73. Todavia, rejeito a preliminar, porquanto, conforme bem destacou o e. Relator, "...o Plenário do C. STJ, em sessão realizada em 09.03.16, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, julgado em 05.04.16), o que abrange a forma de julgamento nos termos do artigo 557 do antigo CPC/1973". No caso, a sentença foi proferida em dezembro de 2009 (id 90238237, pp. 87/100) e a apelação da agravante foi interposta em 05/02/2010 (id 90238237, pp. 121/131 e id 90238238, pp. 01/08). Ademais, diversamente do que afirma a recorrente, esse entendimento encontra-se em harmonia com o Enunciado Administrativo nº 2/STJ e com precedentes do mesmo tribunal.

Portanto, não há que se falar em nulidade ou prejuízo à defesa, valendo ressaltar que o julgado monocrático adotou, por fundamentos, dentre outros, julgados deste e de outros Tribunais (art. 557, *caput*, do CPC/73). Dito isso passo ao exame do mérito.

No mérito, ao lavrar a NFLD nº 31.913.280-3, referentes a tarefas médicas da parte-autora com empresas, a fiscalização entendeu por desconsiderar a natureza de contrato de prestação de serviço por entender configurada a relação empregatícia, pois os médicos encaminhados pelas empresas prestadoras de serviços contratadas para execução do objeto dos contratos eram sempre os mesmos, afirmando existir subordinação, habitualidade, pessoalidade e remuneração.

A parte-autora afirma que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas (vale dizer, é válida a tercerização da atividade-fim), mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante", aduzindo que a fiscalização não comprovou (na autuação) a relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Alega que se houvesse subordinação, ela seria técnica e não jurídica, e que a fiscalização não teria comprovado que os médicos encaminhados pelas empresas prestadoras de serviços por ela contratadas eram sempre os mesmos, sequer os individualizando, conclusão que afastaria o preenchimento dos pressupostos de uma relação de emprego.

Em vista da improcedência do pedido, em decisão monocrática proferida pelo e. Desembargador Federal Souza Ribeiro, foi negado provimento à apelação nos seguintes termos:

Trata-se de recurso de apelação interposto por ASSOCIAÇÃO DO SANATÓRIO SÍRIO (fls. 1714/1732) e pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) (fls. 1767/1797) em ação movida com a finalidade de ver anulada a NFLD nº 31.913.280-3, bem como de obter indenização pelo prejuízo sofrido.

O MM. Juízo a quo (fls. 1691/1697v) julgou parcialmente procedente o pedido para descontar do débito constante na NFLD em questão os valores recolhidos pelas empresas prestadoras de serviço, relativamente aos empregados cedidos à autora, bem como excluir do cálculo do débito a utilização da Taxa Referencial - TR como fator de correção monetária, no período de 01.02.91 a 31.12.91, estabelecendo a utilização da variação INPC.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre consignar que o Plenário do C. STJ, em sessão realizada em 09.03.16, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, julgado em 05.04.16), o que abrange a forma de julgamento nos termos do artigo 557 do antigo CPC/1973.

Nesse sentido, restou editado o Enunciado Administrativo nº 2/STJ:

"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

Tendo em vista que o ato recorrido foi publicado na vigência do CPC/73, aplicam-se as normas nele dispostas (Precedentes do STJ: AgInt no REsp 1590781, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJU 30.05.16; REsp 1607823, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJU 01.07.16; AgRg no AREsp 927577, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJU 01.08.16; AREsp 946006, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJU 01.08.16).

Assim, passo a proferir decisão monocrática terminativa, com fulcro no artigo 557 do antigo Código de Processo Civil.

Da caracterização da relação de emprego.

O C. Supremo Tribunal Federal, em julgamento referente à ADPF nº 324 e ao RE nº 958.252, ações nas quais se discutia a legalidade da terceirização e a constitucionalidade da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que vedava a terceirização da atividade-fim, fixou a seguinte tese em repercussão geral, declarando a constitucionalidade da terceirização da atividade-fim:

"É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante."

Assim, em situações como a presente, não bastaria a comprovação de que a terceirização se deu em relação à atividade-fim da empresa, devendo ainda ser verificado se os demais requisitos da relação empregatícia foram preenchidos, para sua efetiva caracterização.

A Lei nº 8.212/91, em seu art. 12, inciso I, letra "a", define como segurado obrigatório da Previdência Social o empregado. Nos termos da lei previdenciária, considera-se empregado "aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado".

Em subsídio à definição na legislação previdenciária, tem-se o disposto no art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei nº 5.452, de 1º/05/1943.

Acerca da relação de emprego, este dispõe:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

A caracterização da relação de emprego exige a constatação de todos os requisitos previstos na legislação trabalhista, quais sejam, a presença de subordinação, não-eventualidade (permanência, habitualidade), pessoalidade e a remuneração, sem a existência de qualquer deles não se caracterizando o vínculo empregatício. Os dois primeiros elementos são os que suscitam maiores questionamentos na verificação fática da relação de trabalho, a fim de diferenciar o empregado, do trabalhador autônomo ou terceirizado.

Ensina a doutrina que estes elementos apresentam as seguintes noções:

“4. Não eventual: permanente ou por tempo determinado. Eventual: ocasional, esporádico. Aqui o conceito não é apenas temporal, pois que não deve ser atribuído o caráter de eventualidade: a) quando o trabalho tem por objeto necessidade normal da empresa, que se repete periódica e sistematicamente (ex: vendedora de ingressos em teatro, uma hora por dia; músicos de um clube, dois dias por semana; professor de escola, duas aulas por semana); b) trabalhador contratado para reforçar a produção por pouco tempo (deve ser contratado por tempo determinado, quantas vezes forem necessárias, e não como eventual); ... c) quando o tempo de execução dos serviços se alonga, ultrapassando o que poderia ser considerado “curta duração”.

(...)

7. Trabalhador autônomo: é independente no ajuste e execução; um empresário modesto, cuja empresa consiste em sua atividade pessoal e em instrumentos e elementos de escasso valor (Nascimento, IV Congresso Ibero-Americano). É o trabalho por conta própria. ... A permanência dos serviços para a mesma empresa pode transformar o contrato de autônomo em contrato de emprego, como a jurisprudência deixa perceber; com frequência isso ocorre quando desaparece uma das características do trabalhador autônomo, que é do relacionamento com clientela múltipla... (...)

9. Sob dependência: a subordinação do empregado às ordens do empregador (colocando à disposição deste sua força de trabalho) de forma não eventual é a mais evidente manifestação da existência de um contrato de emprego; o poder disciplinar é-lhe inerente (v. nota ao art. 474). Entretanto, há casos em que essa subordinação de fato não é visível, restando em estado potencial (trabalho em que o próprio resultado da atividade evidencia a aceitação das normas prefixadas e a quantidade de produção; altos empregados). Há autores que abandonam o critério da subordinação, preferindo caracterizá-lo simplesmente por “trabalho por conta alheia para organização ou empresa” (Alonso Olea, *Introducción al derecho del trabajo*); “o trabalho por conta alheia ou para outrem, que torna seus diretos e imediatamente os frutos materiais ou imateriais do mesmo trabalho, remunerando-os” (idem, LTr 38/789, 1974). O Direito do Trabalho incide sobre trabalhadores cujo vínculo de subordinação é tênue; trabalhador em domicílio, comissionista externo, teletrabalho (aquele prestado pelo empregado em sua residência, remetendo o resultado para a empresa através de meios informatizados)....

Relação de emprego. O elemento qualificador por excelência da relação de emprego é a subordinação, a qual encontra-se presente no caso em tela face à prestação de labor com exclusividade ao reclamado, com sujeição a horário e submissão a ordens do empregador (TRT/RS, RO 286/88, José Cordenonsi, Ac. 3ª T.).

A subordinação jurídica se constitui no principal elemento na distinção entre trabalho autônomo e o celetizado, uma vez que ambas as relações podem existir com os demais elementos, a que alude o art. 3º consolidado (TRT/SP, RO 5.774/88, Délvio Buffulin, Ac. 8ª T. 17.12.89)“

(Valentin Carrion, in Comentários à CLT, Saraiva, 30ª edição, 2005, páginas 34/39) Extrai-se destes ensinamentos que a diferenciação entre os referidos vínculos de trabalho exige o exame das características fáticas do serviço prestado em seu conjunto.

Com efeito, *ainda que haja registros formais de trabalho terceirizado ou autônomo, a fiscalização pode desconsiderar tais elementos se encontrar outros elementos a demonstrar que na realidade o trabalho é ou foi exercido com todas as elementares da relação empregatícia, conforme o princípio do contrato-realidade extraído do artigo 9º, da CLT.*

Assim sendo, o fato de o trabalhador prestar serviços relacionados diretamente com a atividade-fim da empresa, em princípio, pode conduzir à conclusão de se tratar de trabalho não-eventual, portanto, na condição de empregado, o que se reforça com a constatação do trabalho ser prestado por longo período.

Mas a circunstância da atividade-fim, por si só, não é conclusiva sobre a natureza do vínculo de trabalho, pois pode haver trabalhadores terceirizados, cuja atividade se enquadre na atividade-fim da sociedade contratante, embora a prestação de trabalhos não ostente as demais elementares da relação empregatícia, em especial a subordinação jurídica e a permanência.

De outro lado, a subordinação jurídica pode ocorrer mesmo quando o trabalho é prestado fora das dependências da empresa (ex: trabalhador em domicílio), se houver evidências de submissão a ordens do empregador, exigência de produção mínima e fiscalização do trabalho (esta última que pode ocorrer mesmo de forma indireta mediante aferição de qualidade do trabalho desenvolvido).

Nessa ordem de consideração, incumbe a fiscalização previdenciária apontar os elementos fáticos em que se lastreou para chegar à conclusão da existência do vínculo de trabalho, de forma que, satisfazendo tal requisito formal, a autuação fiscal gozará da presunção de legitimidade dos atos administrativos em geral, competindo ao contribuinte o ônus da prova de ilidir tal presunção, conforme artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973.

No sentido geral acima exposto podemos citar alguns precedentes de nossas Cortes Federais Regionais:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE REMUNERAÇÃO DE TRABALHADORES COOPERADOS, CONSIDERADOS PELO FISCO COMO EMPREGADOS - CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO - CLT, ARTIGO 442, PARÁGRAFO ÚNICO - EXIGIBILIDADE DA COBRANÇA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

I - A questão a ser tratada nos autos diz respeito à caracterização ou não da relação de emprego entre a apelante e as pessoas apontadas no Relatório Fiscal do apenso, fls.10/24 (conforme PA nº 16095.000456/2008-63, fls. 77 e ss.), de modo que, caracterizado o vínculo empregatício restariam exigíveis os débitos apontados nas autuações em debate.

II - A apelante foi autuada por tratar como trabalhadores cooperados pessoas que a fiscalização considerou prestarem serviços na condição de empregados, exigindo daí as respectivas contribuições previdenciárias, conforme consta dos presentes autos.

III - Verifica-se que o lançamento fiscal originou-se do entendimento de que os serviços executados pelos empregados e cooperados eram os mesmos, sendo

que foi admitido pela apelante que no “setor de prensa” (atividade-fim da metalúrgica) havia 5% de empregados e 95% de cooperados.

IV - Conforme a apelada, teria ficado descaracterizada a atividade de cooperados, concretizando-se aí relações puramente empregatícias, pois eram subordinados, prestavam serviços de forma contínua (não eventuais) e recebiam salários, e eram submetidos ao processo seletivo executado pela apelante.

V - Constituem elementos necessários a configurar a relação de emprego a presença de subordinação, não-eventualidade (permanência, habitualidade), pessoalidade e a remuneração, sem a existência de qualquer deles não se caracterizando o vínculo empregatício.

VI - Extrai-se destes ensinamentos que a diferenciação entre o vínculo de trabalho autônomo e empregatício muitas vezes exige o exame das características fáticas do serviço prestado em seu conjunto.

VII - Ainda que haja registros formais de trabalho autônomo, a fiscalização pode desconsiderar tais elementos se encontrar outros elementos a demonstrar que na realidade o trabalho é ou foi exercido com todas as elementares da relação empregatícia, conforme o princípio do contrato-realidade extraído do artigo 9º da CLT.

VIII - O fato de o trabalhador prestar serviços relacionados diretamente com a atividade-fim da empresa, em princípio, leva à conclusão de se tratar de trabalho não-eventual, portanto, na condição de empregado, o que se reforça com a constatação do trabalho ser prestado por longo período.

IX - Outro elemento chave na diferenciação, embora às vezes não se apresente conclusivo, é o de que o autônomo presta serviços por conta própria a diversos clientes, e não a uma única empresa, neste último caso havendo um indicativo de vínculo de emprego.

X - No caso dos autos, apesar dos esforços da empresa executada em tentar provar que os trabalhadores seriam autônomos, não conseguiu fazê-lo através de prova inequívoca, pelo que a presunção de legalidade das autuações não foi infirmada, subsistindo íntegro o crédito fiscal.

XI - A alegação de que o contrato particular firmado entre a apelante e a Cooperativa de Trabalho, o qual consigna a assunção de responsabilidade pelo pagamento dos tributos pela prestadora de serviços, não é oponível ao fisco.

XII - A constatação pela fiscalização de que os trabalhadores indicados no Relatório Fiscal prestavam serviços referentes à própria atividade-fim da apelante, e de modo geral por diversos meses continuados, os quais recebiam uma determinada remuneração mensal, tudo isso em seu conjunto evidencia a subordinação jurídica e o trabalho não eventual que constituem os elementos essenciais da relação de emprego.

XIII - Não se desincumbiu a apelante do ônus de comprovar suas alegações, por ausência da apresentação de documentos importantes para o deslinde da questão, no caso, sobre os fundamentos legais do débito, Termo de Intimação para Apresentação de Documentos e relatório fiscal que atestam a improcedência do pedido daquela. (Fl.811vº).

XIV - Restou incólume a legalidade dos autos de infração debatidos.

XV - Apelação desprovida.

(TRF3, 2ª Turma, v.u. Ap 00057002520114036119, Ap 2252284. Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES. e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017; Data da Decisão: 21/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DO FGTS. ILEGITIMIDADE DO SÓCIO-GERENTE. VALOR ÍNFINO. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE TRA-

BALHADORES AUTÔNOMOS. PERÍCIA JUDICIAL. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DA CDA. 1. "As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço" (Súmula n. 353 do STJ). 2. "O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa" (AgRg no REsp 976.768/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 07/05/2008). 3. "Esta Corte já decidiu que quando o valor executado se mostra irrisório, não há interesse processual do exequente, em decorrência do princípio da utilidade da atividade jurisdicional. Precedentes: ROMS 15.582/SP, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 02.06.2003 e Resp 601356/PE, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, publicado no DJ de 30.06.2004" (STJ, REsp 913.812/ES, 1ª Turma, DJ de 24/05/2007). 4. Diz o laudo pericial, em relação aos quesitos da Embargante: "Podem os senhores peritos concluir que, no presente caso, considerando o período fiscalizado, na prestação de serviços dos obreiros relacionados às fls. 85 e 86, havia algum vínculo empregatício entre eles e a ora Embargante? Resposta: Não havia vínculo empregatício, pois todos eram obreiros autônomos - Representantes Comerciais. (...) há que se falar em contribuições devidas ao FGTS? Resposta: Não, porque estão excluídos segundo dispositivo legal (Lei 8.036)". 5. Quanto às indagações da CEF, a perita judicial concluiu: "O Termo de Inscrição em Dívida Ativa está revestido das formalidades legais, apontando forma de constituição do débito, valor atualizado, fundamentação legal etc.? Resposta: Não, por tratar-se de exigibilidade de depósito do FGTS de Contratos de Prestação de Serviços da empresa x autônomos; os depósitos do FGTS são exigíveis quando se trata de contrato de trabalho da empresa-empregado, aí sim neste caso a Inscrição em Dívida Ativa estaria revestida das formalidades legais". 6. A condição de autônomos dos trabalhadores foi comprovada, não havendo se falar e vínculo empregatício, razão pela qual é incabível a cobrança de contribuições do FGTS em relação a eles. 7. Quanto à alegação de que as Notificações de Débito de FGTS n.s 42759-A e 42760-A seriam exigíveis por tratarem de recolhimentos a menor, a CEF juntou apenas cópia da NDFG n. 42759-A, cujo valor, em dezembro de 1987, era de apenas R\$ 0,68. 8. A execução nesse valor é um atentado ao princípio da utilidade. O pleito da exequente, além de não lhe trazer proveito econômico, compromete o funcionamento do Poder Judiciário, acarretando reflexo negativo na celeridade da prestação jurisdicional. 9. "Esta Corte já decidiu que quando o valor executado se mostra irrisório, não há interesse processual do exequente, em decorrência do princípio da utilidade da atividade jurisdicional. Precedentes: ROMS 15.582/SP, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 02.06.2003 e Resp 601356/PE, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, publicado no DJ de 30.06.2004" (STJ, REsp 913.812/ES, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 24/05/2007). 10. Apelação da CEF parcialmente provida para afastar a condenação em honorários advocatícios.(TRF 1a. Região - AC 200401990163961 - Desembargador Federal João Batista Moreira, DJU 17/12/2009, pág. 301).

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. FGTS. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CARACTERIZADA. NÃO RECOLHIMENTO. CUSTAS. HONORÁRIOS. 1. Reconhecida a natureza autônoma dos serviços médicos prestados, não há que se falar em vínculo empregatício hábil a ensejar a cobrança de FGTS. 2. Apelação a que se nega provimento. (TRF1, AC 200101990457844, Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, e-DJF1 DATA:07/12/2009 PAGINA:111) EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES DO FGTS. CARRETEIROS.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A EMPRESA EM REGIME DE FRETAMENTO. AUTÔNOMO S. AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÕES INDEVIDAS. LEI Nº 8.036/90, ART. 15. 1. "Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio" (Lei nº 8.036/90, art. 15, § 2º). 2. Os carreteiros que prestam serviço à empresa executada são trabalhadores autônomos, proprietários de seus próprios caminhões, contribuintes do ISS, do Imposto de Renda e do IAPAS, que recebem o pagamento de fretes dos clientes da embargante, não estando juridicamente subordinados à empresa. Não há vínculo contratual trabalhista nem exclusividade na prestação de serviços. 3. Reconhecida como indevida, pela Previdência Social, a cobrança da contribuição previdenciária com relação aos carreteiros com fundamento na ausência de vínculo empregatício com a empresa executada, não se sustenta a exigência de contribuição do FGTS destes mesmos trabalhadores, vez que o § 2º do art. 15 da Lei nº 8.036/90 expressamente excluiu os autônomos da definição de trabalhador, para fins de recolhimento dos depósitos previstos no caput daquele artigo. 4. Apelação da CEF improvida. (TRF1, AC 200201990295840, Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, e-DJF1 DATA:29/01/2010 PAGINA:231)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA. MÉDICOS AUTÔNOMOS.

1. Compete à fiscalização previdenciária, no momento da autuação, apresentar elementos capazes de comprovar a existência de vínculo empregatício entre o suposto empregado e a empresa, de modo a tornar legítima a imposição fiscal. Na falta de prova acerca dos requisitos necessários ao reconhecimento da relação de emprego, não há como subsistir a autuação realizada.

2. A indispensabilidade da atividade realizada pelo trabalhador aos objetivos normais da empresa não basta como elemento caracterizador da relação de emprego, devendo estar conjugada com outros elementos, investigando-se a presença, principalmente, da subordinação, a qual constitui o elemento fundamental que distingue o empregado do trabalhador autônomo.

3. Segundo as provas coligidas aos autos, os honorários médicos eram variáveis, conforme a quantidade de serviços efetivamente realizados. A administração do Hospital não vedava o pagamento direto aos médicos, relativo a serviços prestados a convênios e a particulares, durante os plantões médicos. Os profissionais não possuíam carga horária a cumprir, inexistindo obrigação de prestar plantão em determinados dias e horários.

4. O local onde os serviços são prestados - dentro das dependências do Hospital - não basta para caracterizar a relação de emprego. A presunção de que os profissionais não gozavam de liberalidade no desenvolvimento de suas atividades não é corroborada pelas provas dos autos, que dão conta de que os médicos determinavam seus horários, recebendo conforme os plantões realizados, cuja escala poderia ser alterada sem o consentimento do Hospital.

5. Nem a fiscalização previdenciária nem a perícia descrevem a situação fática que qualifica a não eventualidade na prestação de serviços, não se prestando para caracterizá-la a periodicidade dos pagamentos. Não esclarecem se os profissionais laboravam em outros hospitais, tampouco a frequência dos plantões, que poderia indicar a ocorrência de trabalho intermitente, em que há intervalos significativos entre os dias de trabalho.

6. Na hipótese em apreço, não existe efetivamente relação empregatícia entre o Hospital Beneficente São Carlos e os médicos que prestavam serviços à instituição. (TRF4, 1ª Seção, v.u. EINF 200404010017841. Relator(a) JOEL ILAN PACIORNIK. D.E. 26/08/2009; Informativo Semanal do TRF4 nº 412. Data da Decisão: 06/08/2009)

Na hipótese em apreço, verifica-se que o Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito NFLD nº 31.913.280-3 informa que o Hospital possui unicamente 1 (um) médico empregado registrado e, que existem contratos de prestação de serviços celebrados entre a empresa e prestadoras de serviço médico, como demonstrado, inclusive, pelos documentos juntados pela autora (fls. 1424/1483), demonstrando a habitualidade na prestação dos serviços.

Por sua vez, no tocante à subordinação, afirmou o perito judicial que a empresa autora "não exerce qualquer tipo de controle direto sobre os empregados das empresas prestadoras de serviços por ela contratada" (fl. 1591)

Com efeito, a condição de imparcialidade e equidistância de que goza o perito designado pelo juízo, contribuem, sobremaneira, para a formação da convicção do magistrado, sabedor de que as informações contidas no laudo oficial não se prestam a favorecer nenhuma das partes envolvidas na lide.

No entanto, é essencial que as informações trazidas pelo experto sejam analisadas tendo em consideração a prova documental carreada nos autos. Nesse sentido, verifica-se que não havia nos autos documentos suficientes que permitissem formar referido entendimento.

Frise-se que consta do Estatuto Social da empresa autora, em seu art. 57 (fl. 40) a subordinação dos empregados ao Diretor Clínico do Hospital do Coração: "O Diretor Clínico será eleito pelos médicos credenciados do Hospital do Coração e terá, a seu cargo e sob sua responsabilidade, todos os procedimentos relativos à atuação médica e hospitalar do estabelecimento, a se desenvolverem conforme diretrizes traçadas pelo diretor geral."

Assim, como a autora não logrou comprovar que o serviço prestado pelos trabalhadores em questão não era prestado com subordinação, não-habitualidade, pessoalidade e remuneração, imperioso o reconhecimento da exigibilidade tributária. Ademais, saliento que, enquanto ato administrativo, o NFLD em comento goza de presunção de veracidade, cabendo à parte contrária demonstrar qualquer mácula que a inviabilize, o que, neste caso, não fora feito.

Dos valores já recolhidos.

Conforme bem delineou o MM. Juízo a quo na r. sentença:

"(...) para evitar o recebimento em duplicidade pela ré, devem os valores vertidos a título de contribuição à Seguridade Social pela empresa prestadora do serviço, relativamente aos *empregados* cedidos, ser devidamente descontados no cálculo do débito, uma vez que a fiscalização não demonstrou que estes foram considerados." Com efeito, não pode a autora ser compelida a recolher valor já devidamente recolhido ao INSS, sob pena de dupla tributação.

Logo, os valores já recolhidos a tal título, a serem apurados em fase de liquidação de sentença, devem ser deduzidos da NFLD em questão.

Do arbitramento do salário-de-contribuição.

O arbitramento da base de cálculo é facultado à Fiscalização Previdenciária nas hipóteses de omissão de valores por parte do contribuinte, recusa na apresentação de escrita contábil, ou quando apresentada com irregularidades, nos termos do art. 148, do CTN:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade

lançadora, mediante processo regular, arbitraré aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Tendo em vista que a Fiscalização não encontrou documentos que permitissem a aferição do valor real pago a título de salário aos empregados em questão, não há que se falar em ilegalidade no arbitramento realizado.

A partir do momento em que foi verificada a relação empregatícia, pela Fiscalização, desconstituindo-se a aparente terceirização, afigura-se legal o arbitramento da base de cálculo, na ausência de documentos que permitissem a sua aferição. Frise-se que a presunção legal *juris tantum* da base de cálculo arbitrada, poderia ser ilidida pela empresa autora, mediante apresentação de prova inequívoca de que a quantia arbitrada não correspondia à realidade. Entretanto, esta não trouxe aos autos os documentos necessários para tanto, sequer formulou tal quesito ao perito judicial, afigurando-se, portanto, legal o salário-de-contribuição arbitrado. Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação da Associação do Sanatório Sírío, bem como ao recurso de apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e ao reexame necessário, na forma acima explicitada.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixem os autos ao Juízo de origem.

Portanto, a lide posta nos autos diz respeito a aspectos de direito e de fato pertinentes à NFLD nº 31.913.280-3, especificamente sobre a natureza jurídica da tarefas médicas, vale dizer, se há relação de emprego ou se resta configurada prestação de serviços. E, permeando essa lide, há o dever de o Fisco justificar sua autuação (uma vez que o lançamento tributário, no caso concreto, depende de elementos de fato) e, por consequência, o ônus da prova do contribuinte em afastar a presunção de veracidade e de validade das afirmações da fiscalização.

Compulsando os autos, verifica-se que a sentença, basicamente, julgou improcedente o pedido concluindo que *"[o]s médicos exercem a própria atividade-fim do estabelecimento, o que, por si só, configura a relação empregatícia"*. A decisão agravada, por sua vez, pondera que, para a apreciação das questões sobre as quais controvertem as partes, não basta aferir se restou comprovado que a terceirização se deu em relação à atividade-fim da agravante (Súmula nº 331 do E.TST), pois é imprescindível a verificação da presença ou não dos demais requisitos da relação empregatícia.

Prosseguindo, o e. Relator concluiu que *"a autora não logrou comprovar que o serviço prestado pelos trabalhadores em questão não era prestado com subordinação, não-habitualidade, pessoalidade e remuneração..."* e, com base na presunção de veracidade do ato administrativo, manteve a autuação, negando provimento à apelação.

Realmente, a Súmula nº 331 do E.TST tinha orientação restritiva da terceirização de serviços, como se nota de seu enunciado:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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 n.º 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.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Todavia, sobreveio a Tese firmada pelo E.STF no Tema 725, segundo a qual “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante”. Por isso, a decisão monocrática recorrida corretamente indicou ser necessária a verificação da presença ou não dos demais requisitos da relação empregatícia, conclusão que se coaduna com o disposto no art. 12, I, da Lei nº 8.212/1991.

Contudo, mesmo acolhendo a presunção relativa de validade e de veracidade das afirmações feitas pela fiscalização na lavratura da NFLD controvertida, as provas dos autos não indicam a caracterização de relação de emprego.

Segundo o laudo pericial (id nº 90238207, pp. 186 e ss), em seu item “2”, “o ponto controvertido da ação reside no fato de se constatar se as empresas prestadoras de serviços à Autora recolheram corretamente as contribuições previdenciárias no período em litígio” (id nº 90238207, p. 188) e os quesitos apresentados pelas partes também estão relacionados a essa questão (recolhimento das contribuições pelas empresas prestadoras de serviços). Por oportuno, transcrevo a conclusão do laudo produzido:

5. CONCLUSÕES TÉCNICAS

1. Que a Autora - Associação do Sanatório Sírio, foi autuada através de uma Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº. 31.91 3.280-3 e de um Ato Cancelatório no. 05/95;
2. Que mesmo com a anulação do Ato Cancelatório a Ré - Instituto Nacional

do Seguro Social - INSS pretende cobrar da Autora a quantia de R\$472.363.13, baseando-se na existência de um débito relativo a solidariedade oriunda da falta de recolhimento da parcela referente a contribuição devida pelas empresas prestadoras de serviços contratadas para realiza-los no "Hospital do Coração".

Analizando a documentação disponibilizada à Perícia, pudemos contatar o seguinte:

a) Que a empresa Autora - Associação do Sanatório Sírio, é pessoa jurídica com caráter beneficente e sem qualquer finalidade lucrativa, conforme faz prova o Certificado de Idoneidade de Fins Filantrópicos, emitido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social em 28/01/1997 (fis. 51 dos autos);

b) Que a área de atuação médica, não é pertinente ao objeto social da Autora, e sendo assim, todos os serviços médicos que são prestados no interior do Hospital do Coração, são realizados por empresas contratadas para a prestação de serviços médicos;

c) A Perícia constatou ainda, que são as empresas prestadoras de serviços médicos, que contratam, assalariam e dirigem o trabalho realizados por seus empregados, não tendo desta forma, a empresa Autora qualquer responsabilidade;

d) Pode-se constatar ainda, que a empresa Autora, não exerce qualquer tipo de controle direto sobre os empregados das empresas prestadoras de serviços por ela contratada, pois a Autora não controla os horários de entrada ou saída dos funcionários das prestadoras de serviços; bem como as escalas de plantão ou trabalho existente pelos funcionários das prestadoras de serviços; não existe qualquer inspeção hierárquica ligado a empresa Autora que inspecione diretamente os funcionários das prestadoras de serviços. Vale ressaltar, ainda que a empresa Autora importa somente que os serviços contratados sejam prestados por pessoas qualificadas.

e) A Perícia constatou ainda, que as empresas prestadoras de serviços contratadas pela Autora, recolheram devidamente suas Contribuições à Ré, conforme documentação juntadas aos autos.

f) Diante do exposto, esta Perícia é da opinião de que é indevida a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito no. 31 .91 3.280-3.

(...)

A parte autora manifestou-se sobre o laudo, ressaltando que a perícia constatou que "...são as empresas prestadoras de serviços médicos, que contratam, assalariam e dirigem o trabalho realizados por seus empregados, não tendo desta forma, qualquer vínculo empregatício com a Autora, que justificasse a cobrança de contribuições da mesma."

A agravada, discordando das conclusões da perícia, apresentou parecer subscrito pelo Sr. Auditor-Fiscal da Receita Federal do. Brasil (id nº 90238237, pp. 53/54)

(...)

Estão abaixo resumidas todas as constatações efetuadas neste parecer:

Embora a análise do correto recolhimento das contribuições previdenciárias pelas empresas prestadoras de serviços seja relevante, a discussão principal está na procedência da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 31.913.280-3 que enquadrou como empregados os segurados que prestavam serviços à contratante através das "empresas" prestadoras de serviços;

Os documentos anexados aos autos judiciais são insuficientes para comprovar quais os segurados que efetivamente prestaram serviços ao Hospital do Coração;

A autora apresentou RAIS do ano 1991 da empresa prestadora de serviços Prolab Serviços Médicos S/C Ltda, onde consta relação dos empregados que lhe prestaram serviços, mas não há qualquer guia de recolhimento de contribuições previdenciárias para o ano 1991 nos documentos juntados aos autos judiciais; A documentação apresentada da empresa Enimar Serviços Médicos S/C Ltda. permite a conclusão de que os serviços contratados com o Hospital do Coração não eram prestados, exclusivamente, pelos sócios e empregados da empresa, mas eram realizados por médicos subcontratados (como autônomos ou pessoas jurídicas), através de irregular intermediação de mão de obra;

Nenhum dos empregados das empresas prestadoras de serviços possui qualificação técnica (formação médica) para prestar os serviços contratados com o Hospital do Coração, de forma que existem evidências de que esses serviços eram realizados através de médicos subcontratados, através de intermediação irregular de mão de obra, a exemplo do ocorrido com a empresa Enimar Serviços Médicos S/C Ltda.

Dessa forma, verifica-se que os documentos apresentados ao Sr. Perito e anexados aos autos judiciais, são insuficientes para comprovar as alegações da autora. Ao contrário, a esparsa documentação apresentada permitiram (sic) as constatações acima resumidas que confirma a procedência do lançamento fiscal nº 31.913.280-3.

(...)

A partir do que consta no laudo pericial, não há prova de que os médicos que prestaram serviço para a agravante mantinham com ela vínculo empregatício, haja vista a ausência de subordinação e pessoalidade, características da relação de emprego. Ademais, a autuação, conforme leitura de seu relatório (id nº 90238068, pp. 99/102), não apresenta provas suficientes para embasar a sua conclusão, limitando-se a fundamentos genéricos, com menção a apenas uma das prestadoras de serviços, qual seja, Enimar Serviços Médicos S/C Ltda, apoiando-se na conclusão de que os serviços estavam relacionados às atividades-fim da agravante. A propósito, transcrevo o trecho mencionado:

(...)

A cessão de mão de obra existente entre o Hospital e tais prestadoras de serviço foi descaracterizada por ser irregular, formando-se, conseqüentemente, o vínculo empregatício entre a empresa tomadora do serviço, no caso a entidade hospitalar, e os referidos médicos e técnicos especializados, o que justificou a emissão da notificação, como expomos abaixo.

2) O hospital atende três segmentos de pacientes: particulares, conveniados e casos sociais e coloca à disposição desses clientes serviços hospitalares na especialidade de Cardiologia Clínica e/ou Cirúrgica, decorrentes de internações e/ou exames de diagnóstico, em caráter ambulatorial ou não e atendimento de urgência” (grifo nosso).

Para prestar tais serviços, o Hospital necessita de médicos e técnicos, ora para o atendimento de urgência (Pronto Socorro e UTI), ora para a realização de exames de diagnóstico.

Como o referido nosocômio conta em seu quadro de empregados, cerca de 700, com apenas 1(um) médico registrado, e mesmo assim, na função de responsável pela CIPA, optou por socorrer-se da chamada cessão de mão-de-obra, ou mais modernamente, terceirização.

Assim, ultimou contratos com diversas prestadoras de serviço, e essas passaram a lhe fornecer médicos e técnicos plantonistas. Uma empresa em especial, a Enimar Médicos S/C Ltda., encaminha médicos para o Pronto Socorro e a UTI, outras para a Ultrassonografia, Tomografia, Ressonância, etc. - Lembramos que esses exames especiais realizados pelo Hospital exigem a presença constante de um médico ou técnico plantonista, seja para a realização dos mesmos, seja para a elaboração de laudos, seja para atender exames de urgência solicitados para pacientes internados.

Cotejando esses dados apresentados com a norma jurídica, verificamos que essa cessão de mão-de-obra, ou terceirização, adotada pelo Hospital do Coração está em total desacordo com a legislação previdenciária, trabalhista e mais, ainda contraria a doutrina e a jurisprudência, e fere as normas de ordem pública de proteção ao trabalhador e, portanto, deve ser descaracterizada, considerando-se esses médicos e técnicos como empregados do Hospital.

No período de 01/90 a 10/93, a Legislação Previdenciária não tratou do tema cessão de mão de obra. E não o fez por motivos óbvios. A Justiça do Trabalho já definira o tema. O Enunciado nº 256/86, do Tribunal Superior do Trabalho tinha a seguinte redação: "salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos na Lei nºs. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (grifo nosso) Novamente a Justiça do Trabalho se pronunciou sobre o tema, em 12/93, com a edição do Enunciado 331 do TST. Destacamos o inciso III, do referido Enunciado "Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/83), de conservação, limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade - meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta" (grifo nosso)

A partir de uma análise das disposições acima, fica evidente a irregularidade da cessão de mão-de-obra de médicos e técnicos utilizada pelo Hospital do Coração. No período de 01/90 a 10/93, irregular porque a mesma não se enquadrava entra as ressalvas previstas na norma jurídica: trabalho temporário e serviço de vigilância. E no período subsequente, irregular por não ser permitida a terceirização de atividade fim.

No caso em tela, o próprio hospital, ao colocar à disposição dos clientes, a prestação de serviços relacionados a atendimento de emergência (Plantão e UTI) e exames para diagnóstico definiu estas atividades como essenciais, normais dentro da vida da Empresa. Sem dúvida, caracterizou-as como atividades fins. E mais ainda, o próprio Regimento Interno do Hospital do Coração coloca em seu Art. 3º, que a finalidade da Instituição é a assistência médica e hospitalar (grifo nosso). - No que refere à Legislação Previdenciária, em 24/11/1993, o INSS editou a Ordem de Serviços nº 96, com fundamento legal nas Leis nºs. 5.764, de 16/12/71, 6.932, de 07/07/81; 8.138, de 26/12/90; 8.212, de 24/07/91; 8.725, de 05/11/93; no Decreto -Lei nº 73, de 21/11/66 e Decreto nº 356, de 07/12/91, com a nova redação dada pelo Decreto nº 612, de 21/07/92. Essa Ordem de Serviço traz em seu item III, 4, 4.1, a determinação de que será enquadrado como empregado da entidade hospitalar:

- a) o integrante de corpo clínico, que presta serviço não eventual, remunerado e com subordinação ao estabelecimento hospitalar, inclusive o associado a cooperativa médica;
- b) os integrantes de equipe médica que não estiveram comprovadamente vinculados a outra pessoa jurídica que presta serviços ao hospital no atendimento a

seus clientes, mediante a emissão de nota fiscal de serviços/fatura correspondente ao serviço prestado;

o) o médico plantonista, independentemente da forma de remuneração;

Lembramos ainda o conceito de empregado extraído do Art. 10, do Decreto 612/92: aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural em caráter não eventual a empresa, sob sua subordinação e mediante remuneração (grifo nosso). E complementa o parágrafo 2º, do mesmo artigo: Entende-se por serviço prestado em caráter não eventual aquele relacionado direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa. Tal conceituação encontra-se também na Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, comparando as características do trabalho desenvolvido pelos médicos e técnicos plantonistas, cedidos ao Hospital pelas prestadoras de serviço, com os requisitos constantes na lei, para caracterização do vínculo empregatício, outro enquadramento não poderia ter os mesmos senão o de empregados do hospital. Saliente-se dentre aquelas características o envolvimento dos mesmos com atividades essenciais, não eventuais e permanentes da entidade hospitalar; desenvolvimento do seu trabalho em local cedido pelo próprio hospital; utilização de equipamentos do mesmo; atendimento de clientes do próprio nosocômio mediante escala de plantões; subordinação às normas gerais do Hospital e às determinadas pelo Diretor clínico, etc.

A própria Ordem de Serviço N 98, em seu item III, 4, 4.1, acima descrito, considera o serviço de plantonista como o de empregado, prevendo o trabalho através de pessoa jurídica, sem caracterizar o vínculo empregatício, somente para integrantes de equipe médica (excetuando-se o corpo clínico e plantão) no atendimento a seus próprios clientes.

Nesse contexto, tem razão a recorrente ao afirmar que a fiscalização não logrou comprovar a existência de subordinação entre os profissionais contratados e a agravante, ou entre eles e o Diretor Clínico do Hospital, cargo obrigatório por força do disposto no Decreto nº 20.931/1932. Tampouco o disposto no art. 57 do estatuto social da parte autora (id nº 90238068, p. 55) evidencia a existência dessa subordinação, tratando-se, na verdade, de previsão de ordem técnica, de controle de procedimentos médicos e hospitalares, conforme abaixo transcrito:

ARTIGO 57: - O Diretor Clínico será eleito pelos médicos credenciados no Hospital do Coração e terá, a seu cargo e sob a sua responsabilidade, todos os procedimentos relativos à atuação médica e hospitalar do estabelecimento, a se desenvolverem conforme diretrizes do Diretor-Geral.

Em outras palavras, não se constata da leitura do dispositivo mencionado que há relação de subordinação jurídica entre os médicos e o Diretor Clínico, mas de responsabilidade técnica deste último pelas atividades realizadas no âmbito hospitalar, ou seja, de sua conformidade com as normas legais e administrativas aplicáveis.

Em suma, diversamente do que concluiu a decisão ora agravada, entendo que a perícia, valendo-se de toda a documentação constante dos autos e a análise minuciosa dos fatos objeto de apuração, tinha condição de chegar às conclusões expostas, no sentido de que a parte autora não exerce controle direto sobre os empregados das empresas prestadoras de serviços. Ademais, conforme já ressal-

tado, o relatório da autuação não traz motivos suficientes, a meu ver, para concluir que as relações mantidas com os profissionais eram de emprego, escorando-se, principalmente, na suposta irregularidade decorrente da contratação de médicos e técnicos para exercício de atividades fim.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo interno* e, conseqüentemente, reformo a decisão monocrática para dar provimento à apelação da parte autora a fim de anular a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 31.913.280-3, desconstituindo o crédito tributário correspondente.

Tratando-se de sentença proferida em dezembro de 2009, condeno a parte ré ao pagamento de honorários em favor da autora, fixados em 5% (cinco por cento) do valor atribuído à causa (R\$ 472.363,13, em abril de 1999), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73, valor suficiente conforme disposto no § 3º do mesmo artigo, alíneas “a”, “b” e “c”, e considerando não se tratar de feito de grande complexidade. Custas e demais despesas processuais pela parte ré.

É o voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

0019438-11.2009.4.03.6100

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
 Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
 Disponibilização do Acórdão: DJEN 12/08/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EBCT. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM REGIME DE MONOPÓLIO OU CONCORRÊNCIA. ISSO. TRIBUTO INDIRETO. CONTRIBUINTE DE DIREITO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN.

1. A questão posta nos autos diz respeito à imunidade tributária recíproca da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, bem como à possibilidade de repetição de indébito tributário.

2. As imunidades tributárias constituem limitação constitucional de se tributar determinadas matérias, em razão de valor fundamental que se pretenda proteger. Dentre estas, fala-se em imunidade tributária recíproca para designar a proibição da instituição de impostos entre os entes políticos, com base no princípio federativo, nos termos do art. 150, VI, a, da Constituição Federal.

3. Conforme disposição do art. 150, §2º, da Constituição Federal, aplica-se extensivamente a imunidade tributária recíproca às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, renda e serviços que estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes.

4. O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 773.992/BA, com repercussão geral reconhecida, consolidou o entendimento no sentido de que a referida empresa pública federal goza de imunidade tributária recíproca, à semelhança da Fazenda Pública. Na ocasião, ressaltou-se ainda que a imunidade tributária recíproca beneficia a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT em relação a todas as atividades por ela desenvolvidas, sendo indiferente tratar-se de exploração em regime de monopólio ou em concorrência com a iniciativa privada, inviabilizando, pois, em qualquer caso a cobrança executiva.

5. No entanto, acerca da repetição de indébito, importa lembrar que nos tributos indiretos coexistem a figura do contribuinte de fato e do contribuinte de direito. O primeiro é aquele sofre a incidência econômica da exação, ainda que não integre formalmente a relação tributária, ao passo que o segundo é aquele que efetivamente promove o recolhimento tributário junto aos cofres públicos, repassando a diante encargo financeiro.

6. A partir do art. 166 do Código Tributário Nacional, é entendimento jurisprudencial que o contribuinte de fato não pode pleitear a restituição de indébito, ainda que comprove ter suportado o ônus financeiro, uma vez que

carece de legitimidade ativa, por não integrar a relação jurídico-tributária. Assim, somente o contribuinte de direito pode requerer a repetição de indébito, e apenas quando demonstrar que (i) não houve transferência do encargo financeiro ao contribuinte de fato, ou (ii) apesar de ter havido a transferência do encargo financeiro, o contribuinte de fato o autorizou a receber a quantia indevidamente recolhida.

7. A possibilidade de o ISS revestir-se de caráter de tributo indireto foi assentada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. 1.131.476/RS, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos.

8. Na situação, a repetição de indébito é pretendida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT a quem, na condição de contribuinte de direito, ainda que indevidamente tributado, cabia demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 166 do Código Tributário Nacional. Verificasse, contudo, que a requerente não demonstrou ter assumido o encargo financeiro ou possuir autorização dos tomadores de serviço para requerer a repetição do indébito em nome próprio.

9. A jurisprudência desta E. Corte adota o entendimento de que o tabelamento dos valores dos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT não tem o condão, por si só, de comprovar a ausência do repasse do encargo tributário ao tomador de serviços, pois, não se pode presumir que o tributo tenha sido desconsiderado na composição dos referidos valores.

10. A despeito de inequívoca hipótese de incidência de imunidade tributária recíproca, não estão preenchidos os pressupostos à repetição de indébito.

11. Ante a sucumbência recíproca, fixa-se honorários advocatícios nos percentuais mínimos do art. 85, §3º, do Código de Processo Civil, observada a regra de escalonamento prevista no §5º do referido dispositivo, de cujo montante, metade será devida pela autora e a outra metade, pelo réu.

12. Apelação provida em parte, para afastar a possibilidade de repetição de indébito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa necessária para afastar a possibilidade de repetição de indébito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pelo Município de São Paulo, contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos em ação ordinária ajuizada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, objetivando a repetição de indébito de valores indevidamente recolhidos a título de ISS.

Em suas razões recursais, a Municipalidade argumenta no sentido da inaplicabilidade de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT. Subsidiariamente, aduz a inviabilidade da repetição de indébito, nos termos do art. 166 do Código de Tributário Nacional.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à imunidade tributária recíproca da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, bem como à possibilidade de repetição de indébito tributário.

As imunidades tributárias constituem limitação constitucional de se tributar determinadas matérias, em razão de valor fundamental que se pretenda proteger. Dentre estas, fala-se em imunidade tributária recíproca para designar a proibição da instituição de impostos entre os entes políticos, com base no princípio federativo, nos termos do art. 150, VI, a, da Constituição Federal.

Por sua vez, conforme disposição do art. 150, §2º, da Constituição Federal, aplica-se extensivamente a imunidade tributária recíproca às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, renda e serviços que estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes.

O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 773.992/BA, com repercussão geral reconhecida, consolidou o entendimento no sentido de que a referida empresa pública federal goza de imunidade tributária recíproca, à semelhança da Fazenda Pública. *Verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TRIBUTÁRIO. IPTU. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). IMUNIDADE RECÍPROCA (ART. 150, VI, A, DA CF). 1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. 2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados. 3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica. 4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional. 5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 773992, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

Na ocasião, ressaltou-se ainda que a imunidade tributária recíproca beneficia a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT em relação a todas as atividades por ela desenvolvidas, sendo indiferente tratar-se de exploração em regime de monopólio ou em concorrência com a iniciativa privada, inviabilizando, pois, em qualquer caso a cobrança executiva.

A mencionada orientação vem sendo devidamente observada por esta E. Turma:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE.

1. Consoante o decidido pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Na hipótese em exame, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

2. Ação de conhecimento proposta pela ECT com o objetivo de obter a restituição dos valores indevidamente pagos a título de IPTU ao Município de São Paulo, relativos aos exercícios de 1995 a 2003, cuja sentença reconheceu a procedência do pedido formulado na inicial.

3. *A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por ter sido equiparada à Fazenda Pública, goza da imunidade tributária recíproca prevista no art. 12 do Decreto-Lei 509/69 e no art. 150, VI, "a" da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.*

4. *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 773.992, decidido sob a sistemática da repercussão geral, decidiu que a imunidade tributária recíproca reconhecida à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT alcança o IPTU incidente sobre imóveis de sua propriedade e por ela utilizados.*

5. Em atenção ao disposto no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/1973, vigentes à época da prolação da sentença, mantida a verba honorária no valor fixado na sentença, pois arbitrada em patamar condizente com a complexidade do caso, o trabalho e o zelo do advogado.

6. Ausente pressuposto específico de admissibilidade recursal, qual seja, a sucumbência recíproca (art. 500, "caput" do Código de Processo Civil de 1973), não se conhece do recurso adesivo interposto pelo Município de São Paulo.

7. Apelação e remessa oficial improvidas. Recurso adesivo não conhecido. Agravo legal prejudicado.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1628446 - 0024660-62.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 20/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2019)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECONHECIDA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. ART. 150, VI, "A", CF/1988. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Pleno da STF, intérprete definitivo da Constituição Federal, declarou no RE 773.992, de Relatoria do Ministro DIAS TOFFOLI (DJE de 18/02/2015), sob a sistemática da repercussão geral, que goza a ECT de imunidade tributária recíproca, inviabilizando, pois, a cobrança pelos municípios de IPTU sobre os imóveis de sua propriedade ou por ela utilizados.

2. Ademais, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário 601.392, de relatoria do Min. Gilmar Mendes (DJE de 05/06/2013), de que goza a ECT de imunidade tributária recíproca sobre qualquer atividade por ela desenvolvida, sendo indiferente se em regime de monopólio ou em concorrência com a iniciativa privada, inviabilizando, pois, a cobrança executiva.

3. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2214397 - 0047882-26.2014.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, instituída pelo Decreto-Lei 509/69, mediante descentralização administrativa, passou a prestar serviço público em regime de monopólio, estendendo-lhe, por isso, as prerrogativas inerentes da Administração Pública Direta. Assim, faz jus à imunidade tributária recíproca em relação ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, nos termos do artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal. Precedentes do STF e deste Tribunal.

2. Recurso de apelação desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2191435 - 0049625-08.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 10/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/11/2016)

No entanto, acerca da repetição de indébito, importa lembrar que nos tributos indiretos coexistem a figura do contribuinte de fato e do contribuinte de direito. O primeiro é aquele sofre a incidência econômica da exação, ainda que não integre formalmente a relação tributária, ao passo que o segundo é aquele que efetivamente promove o recolhimento tributário junto aos cofres públicos, repassando a diante encargo financeiro.

Com efeito, a partir do art. 166 do Código Tributário Nacional, é entendimento jurisprudencial que o contribuinte de fato não pode pleitear a restituição de indébito, ainda que comprove ter suportado o ônus financeiro, uma vez que carece de legitimidade ativa, por não integrar a relação jurídico-tributária. Assim, somente o contribuinte de direito pode requerer a repetição de indébito, e apenas quando demonstrar que (i) não houve transferência do encargo financeiro ao contribuinte de fato, ou (ii) apesar de ter havido a transferência do encargo financeiro, o contribuinte de fato o autorizou a receber a quantia indevidamente recolhida.

Ademais, a possibilidade de o ISS revestir-se de caráter de tributo indireto foi assentada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. 1.131.476/RS, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos. *Verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE, IN CASU. ART. 166 DO CTN.

1. O ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto.

2. A pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre a locação de bens móveis (cilindros, máquinas e equipamentos utilizados para acondicionamento dos gases vendidos), hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter a mesma transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los, o que não ocorreu in casu, consoante dessume-se do seguinte excerto da sentença, in verbis: "Com efeito, embora pudesse o autor ter efetuado a prova necessária, que lhe foi facultada, deixou de demonstrar que absorveu o impacto financeiro decorrente do pagamento indevido do ISS sobre a operação de locação de móveis, ou que está autorizado a demandar em nome de quem o fez. Omitiu prova de que tenha deixado de repassar o encargo aos seus clientes ou que tenha autorização destes para buscar a repetição, conforme exigência expressa inscrita no art. 166 do CTN.

3. Precedentes: REsp 1009518/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; AgRg no AgRg no REsp 947.702/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009; AgRg no REsp 1006862/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 989.634/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 10/11/2008; AgRg no REsp n.º 968.582/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 18/10/2007;

AgRg no Ag n.º 692.583/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 14/11/2005; REsp n.º 657.707/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 16/11/2004).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1.131.476/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9/12/2009, DJe de 1/2/2010)

Na situação, a repetição de indébito é pretendida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT a quem, na condição de contribuinte de direito, ainda que indevidamente tributado, cabia demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 166 do Código Tributário Nacional. Observa-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. REPERCUSSÃO DO ÔNUS TRIBUTÁRIO. ART. 166 DO CTN: FUNDADO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL A QUO CONCLUIU NÃO RESTAR PROVADA NOS AUTOS A ASSUNÇÃO, PELA RECORRENTE, DO ÔNUS TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp. 1.131.476/RS, da relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, mediante o rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto e, na hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter esta transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los.

2. Especificamente em relação à pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre serviços prestados pela EBCT, a Primeira Turma desta Corte Superior reafirmou sua jurisprudência ao consignar que o tributo assume natureza indireta, exigindo da prestadora a prova de que absorveu o ônus financeiro pelo pagamento indevido da exação, deixando de

repassá-lo ao tomador do serviço. Precedentes: AgInt no REsp. 1.788.940/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 3.4.2020; AgInt no REsp. 1.702.453/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 31.3.2020.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou que o caso concreto necessita de comprovação de que a exação não foi repassada para o valor cobrado pelos serviços prestados, e a revisão dessa orientação exige o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de Recurso Especial.

4. Agravo Interno da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT a que se nega provimento”.

(AgInt no REsp 1682575/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 03/09/2020)

Verifica-se, no entanto, que a requerente não demonstrou ter assumido o encargo financeiro ou possuir autorização dos tomadores de serviço para requerer a repetição do indébito em nome próprio.

Ainda, a jurisprudência desta E. Corte adota o entendimento de que o tabelamento dos valores dos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT não tem o condão, por si só, de comprovar a ausência do repasse do encargo tributário ao tomador de serviços, pois, não se pode presumir que o tributo tenha sido desconsiderado na composição dos referidos valores. Anotem-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ISS. IMUNIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA. TRIBUTO INDIRETO. NÃO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 166, CTN. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.131.476/RS, recurso submetido ao rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento de que “o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto”. Tratando-se de tributo indireto, aquele que pleiteia a restituição deverá comprovar que assumiu o encargo financeiro ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, de que este expressamente o autorizou a recebê-lo, conforme determina o artigo 166, do Código Tributário Nacional.

3. No caso dos autos, os valores cuja restituição se pretende foram retidos pela tomadora de serviços. A autora, contudo, não comprovou ter assumido o encargo financeiro ou possuir autorização do tomador para requerer a repetição do indébito em nome próprio.

4. Assevera-se que a jurisprudência deste Egrégio Tribunal Regional Federal tem entendimento de que o tabelamento dos valores dos serviços prestados pela ECT não tem o condão, por si só, de comprovar a ausência do repasse do encargo tributário ao tomador, pois não se pode presumir que o ISS tenha sido desconsiderado na composição dos referidos valores.

5. Reconhecida a ilegitimidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT para pleitear a restituição do ISS, objeto destes autos.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0020227-68.2013.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 30/04/2021, DJEN DATA: 05/05/2021)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ECT. REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 267, VI, CPC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO TRIBUTÁRIO. ART. 166 CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Apesar de estar disposta literalmente a extensão da imunidade recíproca apenas às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, a doutrina e a jurisprudência pátria reconhecem que essa imunidade também é aplicável às sociedades de economia mista.

2. No caso específico da ECT, já decidiu o STF, até mesmo em sede de repercussão geral, que incide a imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal. RE 601392.

3. O ISS pode ser um tributo direto ou indireto, e incumbe à parte comprovar que não houve repasse dos valores ao tomador dos serviços, nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional. REsp 1.131.476/RS, prolatado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73 e outros precedentes do STJ e deste Tribunal.

4. No caso em comento, não houve comprovação de que não repassou o encargo financeiro do tributo aos tomadores de serviços ou que está autorizado por eles a pleitear a repetição, razão pela qual não há que se falar em repetição do indébito tributário.

5. Na espécie, a natureza e a importância da causa não apresentam complexidade excepcional; o lugar de prestação do serviço é de fácil acesso e o trabalho não demandou tempo de trabalho extraordinário, de modo que a fixação de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa afigura-se exorbitante.

6. Apelação parcialmente provida, apenas para minorar a verba honorária arbitrada. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0015892-45.2009.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO INICIAL APTA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS/ECT. PRETENDIDA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO REFERENTE A ISS, RECOLHIDO EM FAVOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. TRIBUTO INDIRETO, A EXIGIR A PROVA DE QUE NÃO HOUVE REPASSE DO TRIBUTO AO TOMADOR DOS SERVIÇOS (OU A AUTORIZAÇÃO DELE PARA QUE O PRESTADOR BUSQUE A REPETIÇÃO). AUSENTE ESSA PROVA - QUE INCUMBIA AO AUTOR FAZER PELA VIA DOCUMENTAL - RECONHECE-SE A ILEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA PÚBLICA (PRECEDENTES). INTELIGÊNCIA DO ART. 166 DO CTN EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTA CORTE REGIONAL. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO, COM CONDENAÇÃO DA AUTORA EM VERBA HONORÁRIA. APELO PREJUDICADO.

1. Não há que se cogitar em inépcia da petição inicial, pois a autora apresentou as faturas dos serviços prestados e as guias de recolhimento do ISS ou cópias de páginas do SIAFI que comprovam a arrecadação financeira, o que é suficien-

te para o ajuizamento da demanda. Não há utilidade em exigir a descrição, na petição inicial, de todos os serviços que foram prestados pela parte e tributados pelo ISS, na medida em isso se torna irrelevante diante do quanto decidido pelo STF no julgamento do re nº 601.392.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal adotou, no julgamento do RE nº 601.392, com repercussão geral, o entendimento de a imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal incide sobre todos os serviços prestados pela ECT, sendo irrelevante o exercício simultâneo pela ECT de atividades em regime de exclusividade e em regime de concorrência.

3. Sucede que, conforme entendimento pacificado pelo STJ, sob o regime do art. 543-C, o ISS é espécie tributária que, a depender do caso concreto, pode se caracterizar como tributo direto ou indireto (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 1.2.2010). E, assumindo natureza indireta, é imprescindível que o contribuinte de direito demonstre que não repassou o encargo financeiro do tributo ao tomador de seus serviços ou que está autorizado por ele a pleitear a repetição, conforme estabelece o art. 166 do CTN.

3. Cenário dos autos que não permite concluir pela ausência de translação do encargo econômico-financeiro ao tomador dos serviços prestados pela ECT, na medida em que não há nada nos autos que efetivamente demonstre que a autora deixou de incluir o ISS no preço dos serviços prestados; ausência de qualquer prova, também, de que foi "autorizada" a buscar a repetição.

4. Consoante jurisprudência remansosa desta Corte, o fato de os valores dos serviços prestados pela ECT serem tabelados pelo Ministério das Comunicações não tem o condão, por si só, de comprovar a ausência do repasse do encargo tributário ao tomador, pois não se pode presumir que referidos valores tenham desconsiderado, em sua composição, o ISS. Ademais, o STJ já decidiu que regra inserta no art. 166 do CTN incide mesmo em casos de preços controlados pelo Governo (EResp 1191469/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 17/05/2016).

5. Reconhecimento da ilegitimidade ativa da ECT, com extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73 (art. 485, VI, do CPC/15), condenando-se a autora ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 5.000,00, com correção monetária a partir desta data, tendo em vista a pequena complexidade da causa, que não demandou desforço profissional incommum, o que se faz com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC/73. Apelação prejudicada. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2011974 - 0004320-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 05/09/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2019

Posto isto, tem-se que, a despeito de inequívoca hipótese de incidência de imunidade tributária recíproca, não estão preenchidos os pressupostos à repetição de indébito.

Ante a sucumbência recíproca, fixa-se honorários advocatícios nos percentuais mínimos do art. 85, §3º, do Código de Processo Civil, observada a regra de escalonamento prevista no §5º do referido dispositivo, de cujo montante, metade será devida pela autora e a outra metade, pelo réu.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa necessária para afastar a possibilidade de repetição de indébito.

É o voto.

**AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM
APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
5001004-96.2017.4.03.6102**

Agravante: AÇÃO EDUCACIONAL CLARETIANA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: AÇÃO EDUCACIONAL CLARETIANA, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apeladas: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/08/2022

EMENTA

1) AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES DA SEGURIDADE SOCIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM DESCONFORMIDADE COM TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. A negativa de seguimento do recurso extraordinário deve ser mantida.

II. O Supremo Tribunal Federal, em sede de embargos de declaração opostos no RE 566.622, Tema 32, conciliou o entendimento então fixado com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, adotando a tese única de que, embora a fixação dos requisitos para a imunidade às contribuições da Seguridade Social demande lei complementar, aspectos procedimentais do instituto, como certificação, fiscalização e controle administrativo, podem ser previstos em lei ordinária.

III. Posteriormente, na ADI nº 4.480, o STF analisou a constitucionalidade da Lei nº 12.101/2009, julgando inconstitucionais o artigo 13, III, § 1º, I e II, § 3º, § 4º, I e II, e §§ 5º, 6º e 7º, o artigo 14, §§ 1º e 2º, o artigo 18, caput, o artigo 31 e o artigo 32, § 1º, sob o fundamento de que eles versaram sobre os requisitos materiais da imunidade das contribuições à Seguridade Social, em contrariedade à tese já fixada no RE 566.622 e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621:

IV. Portanto, a certificação de entidade beneficente de assistência social se mantém válida, com a declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Lei nº 12.101/2009 que estabeleceram os próprios pressupostos da beneficência, como concessão e distribuição de bolsas de estudo, gratuidade, entre outros.

V. O acórdão recorrido, no exercício de juízo de retratação decorrente do regime de repercussão geral (RE 566.622), adotou a fundamentação de que a exigência de certificação é válida e que a aferição dos requisitos materiais da imunidade deve ocorrer em cada caso, após a prática de ato administrativo aplicador da Lei nº 12.101/2009. Concluiu que a apelação do contribuinte deve ser desprovida em ambos os aspectos.

VI. A entidade de educação, ao interpor recurso extraordinário, alegou apenas que o acórdão recorrido violou os artigos 146 e 102, §2º, da CF, admitindo lei ordinária para a fixação dos requisitos materiais da imunidade e descumprindo acórdão proferido em controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 4.480).

VII. Ocorre que o acórdão recorrido admitiu lei ordinária somente para a exigência de certificação, nos termos da tese que resultou do julgamento conjunto do RE 566.622 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621 e que foi mantida na ADI 4.480. Em relação aos artigos da Lei nº 12.101/2009, fundamentou apenas que não poderia analisar o pedido devido à necessidade de aferição dos requisitos materiais em cada caso, após a prática de ato administrativo que tenha por objeto a concessão da imunidade e que certamente estará sob o impacto do julgamento da ADI 4.480.

VIII. Em outras palavras, o acórdão recorrido verificou falta de interesse na exoneração dos requisitos materiais de imunidade previstos na Lei nº 12.101/2009.

IX. O recorrente, entretanto, ignorou essa fundamentação, ingressando diretamente no mérito, no sentido de que os artigos da Lei nº 12.101/2001 foram aplicados pela Turma julgadora, em descumprimento de precedentes vinculantes do STF, inclusive de acórdão específico proferido em controle concentrado de constitucionalidade.

X. O acórdão recorrido verificou óbice para o exame do mérito, que não foi, porém, impugnado no recurso extraordinário sob qualquer base processual (dever de fundamentação, direito de ação, ampla defesa), de modo que o único fundamento remanescente – exigência de certificação – reflete precedente vinculante do STF (RE 566.622) e autoriza a negativa de seguimento do recurso.

XI. Dessa forma, não houve enfrentamento efetivo dos requisitos materiais de imunidade previstos nos artigos da Lei nº 12.101/2009 que o STF julgou inconstitucionais, a ponto de se cogitar de violação dos artigos 146 e 102, §2º, da CF e das decisões que os analisaram em repercussão geral e controle concentrado de constitucionalidade. Somente a certificação recebeu exame de mérito, num sentido compatível com precedentes vinculantes do STF.

XII. Agravo interno a que se nega provimento.

2) AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. O agravo interno não deve ser conhecido.

II. Como se verifica do relatório do voto, o recurso especial não foi admitido devido ao fato de que o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral sobre o direito material – imunidade às contribuições da Seguridade Social, nos termos do RE 566.622 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228, 2.621 e 4.480. O recurso especial, na verdade, foi julgado prejudicado.

III. Assim, não cabia ao recorrente interpor agravo interno, como se o recurso especial tivesse sido analisado segundo o rito dos recursos repetitivos e de repercussão geral – apenas o recurso extraordinário seguiu o procedimento e justificava impugnação através de agravo interno.

IV. Houve inadmissão do recurso por fundamento diverso do julgamento baseado em recurso representativo de controvérsia e regime de repercussão geral, o que tornava cabível o agravo do artigo 1.042 do CPC e não o do artigo 1.030, §2º.

V. Esse fato, aliado ao descabimento da aplicação do princípio da fungibilidade – inexistente dúvida objetiva sobre o recurso cabível –, obsta o conhecimento do agravo interno.

VI. Agravo não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto em face da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, e não conheceu do agravo interno interposto em face da decisão que não admitiu o recurso especial, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente ANTONIO CEDENHO (Relator). Votaram os Desembargadores Federais LUIZ STEFANINI, NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, SOUZA RIBEIRO, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, VALDECI DOS SANTOS e CARLOS DELGADO. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, MAIRAN MAIA e WILSON ZAUHY. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

1) AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Trata-se de agravo interno interposto por Ação Educacional Claretiana com fundamento no artigo 1.021 do CPC em face de decisão da Vice-Presidência deste Tribunal que negou seguimento a recurso extraordinário, nos seguintes termos:

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por ACAO EDUCACIONAL CLARETIANA, com fundamento no art. 102, III, “a” da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

O acórdão foi lavrado com a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRAÇÃO. IMUNIDADE E CEBAS. ADEQUAÇÃO À ORIENTAÇÃO DA SUPREMA CORTE.

1. O reconhecimento da imunidade com base exclusivamente no cumprimento dos requisitos materiais do artigo 14, CTN, é incompatível com a orientação da Suprema Corte, firmada nos embargos de declaração no RE 566.622, que revisou os termos do Tema 32 da repercussão geral, dispondo que “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades

de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas”.

2. Embora somente a lei complementar possa dispor acerca de requisitos materiais para imunidade, pode a lei ordinária tratar de exigências procedimentais sobre certificação, fiscalização e controle administrativo, validando a exigência do CEBAS no período a que se refere a imunidade pleiteada, e no tocante a condições não relacionadas a requisitos materiais.

3. Na espécie, a relatora enfatizou entender cabível a exigência do CEBAS, porém aderiu ao entendimento da Turma quanto à dispensa respectiva, em favor da observância apenas dos requisitos da legislação complementar. Cabe, neste sentido, acolher o juízo de retratação para análise de tal requisito legal, pois a dispensa de forma absoluta colide com a orientação adotada pela Suprema Corte.

4. A pretensão da autora, acolhida no acórdão recorrido, foi a de que não pode ser exigido o CEBAS como requisito para que se usufrua da imunidade, bastando o cumprimento do artigo 14, CTN, o que, como visto, colide com a orientação firmada pela Suprema Corte quanto à validade da lei ordinária no trato de aspectos procedimentais da imunidade.

5. Eventual indeferimento do pedido de CEBAS, por motivos incompatíveis com a orientação da Suprema Corte, no tocante, por exemplo, a aspectos materiais inerentes à previsão em lei complementar, devem ser discutidos, caso a caso, atacando, assim, o ato administrativo que não tenha respeitado os limites da atuação da lei ordinária, não sendo o caso, porém, de sustentar, de forma genérica e abstrata, que a exigência de certificação de entidade de assistência social seja impedimento inconstitucional, por si, para o exercício da imunidade, como decorre da exposição deduzida na presente ação.

6. Em razão da improcedência do pedido, inverte-se a sucumbência fixada no acórdão recorrido, mantido o valor nele arbitrado a ser pago pela autora, arcando esta com as custas e despesas processuais.

7. Acolhimento do juízo de retratação para, em reexame recursal, e nos limites da devolução, dar provimento à remessa oficial e à apelação fazendária, e julgar prejudicada a apelação da autora.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados.

Em seu recurso excepcional, a Recorrente alega, em síntese, afronta aos artigos 146, II, e 102, § 2º, da Constituição Federal.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

DECIDO.

A questão relativa a espécie normativa exigida pela Constituição para veicular a disciplina da imunidade tributária das entidades de beneficência social foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 566.622/RS, alçado como representativo de controvérsia (tema n.º 32) e submetido à sistemática da repercussão geral (art. 1.036 do CPC), tendo se consolidado a seguinte tese: “a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar”.

O aludido paradigma, publicado em 23/08/2017, recebeu a seguinte ementa:

IMUNIDADE - DISCIPLINA - LEI COMPLEMENTAR.

Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar.

(STF, RE n.º 566.622/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017) (Grifei).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, procurando aclarar a contradição existente entre as decisões oriundas do controle abstrato de constitucionalidade, expresso nas ADIs n.º 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, e o controle concreto, baliçado no RE n.º 566.622/RS, julgou conjuntamente os Embargos de Declaração opostos naqueles feitos, acolhendo-os, com efeitos infringentes, inclusive com a reformulação da redação da tese de repercussão geral, cuja dicção passou a ser a seguinte: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.”

O acórdão paradigma, cuja publicação se deu em 11/05/2020, estampa a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 32. EXAME CONJUNTO COM AS ADI’S 2.028, 2.036, 2.228 E 2.621. ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, E 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DA IMUNIDADE RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DISPONÍVEIS À LEI ORDINÁRIA. OMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 55, II, DA LEI Nº 8.212/1991. ACOHLIMENTO PARCIAL.

1. Aspectos procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo são passíveis de definição em lei ordinária, somente exigível a lei complementar para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas no art. 195, § 7º, da Lei Maior, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.

2. É constitucional o art. 55, II, da Lei nº 8.212/1991, na redação original e nas redações que lhe foram dadas pelo art. 5º da Lei 9.429/1996 e pelo art. 3º da Medida Provisória nº 2.187-13/2001.

3. Reformulada a tese relativa ao tema nº 32 da repercussão geral, nos seguintes termos: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.”

4. Embargos de declaração acolhidos em parte, com efeito modificativo.

(STF, ED no RE n.º 566.622/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. para acórdão Min. Rosa Weber, Pleno, julgado em 18/12/2019, DJE 11/05/2020) (Grifei).

No caso dos autos, o acórdão recorrido, em juízo de retratação, espelhou o entendimento do STF expresso nas ADIs n.º 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, no sentido de que os aspectos procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo são passíveis de definição em lei ordinária, somente sendo exigível a lei complementar para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social. Por esta razão, quanto a tal pretensão se impõe a negativa de seguimento ao Recurso Extraordinário, nos termos do art. 1.030, I do CPC.

Ante o exposto, nego seguimento ao Recurso Extraordinário.

Sustenta que a tese de repercussão geral invocada deve ser aplicada em seu favor. Explica que o objeto da ação corresponde à validade do artigo 13, III, § 1º, I e II, § 3º, § 4º, I e II, e §§ 5º, 6º e 7º, do artigo 14, §§ 1º e 2º, do artigo 18, caput, do artigo 31 e do artigo 32, § 1º, da Lei 12.101/2009 e o STF, na ADI 4.480, julgou inconstitucionais todos eles, na mesma linha de entendimento do

RE 566.622 (lei complementar para a instituição do modo beneficente de atuação das entidades).

Alega que não questiona a exigência de certificação, mas os requisitos previstos para a expedição dela e cujo estabelecimento não pode constar de lei ordinária, segundo tese fixada no RE 566.622 e mantida na ADI nº 4.480.

Conclui que o recurso extraordinário deve ser admitido, sem que caiba negativa de seguimento.

Houve resposta ao agravo.

É o relatório.

2) AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL.

Trata-se de agravo interno interposto por Ação Educacional Claretiana com fundamento no artigo 1.021 do CPC em face de decisão da Vice-Presidência deste Tribunal que não admitiu recurso especial, nos seguintes termos:

Trata-se de Recurso Especial interposto por ACAO EDUCACIONAL CLARETIANA, com fundamento no art. 105, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal. O acórdão foi lavrado com a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRAÇÃO. IMUNIDADE E CEBAS. ADEQUAÇÃO À ORIENTAÇÃO DA SUPREMA CORTE.

1. O reconhecimento da imunidade com base exclusivamente no cumprimento dos requisitos materiais do artigo 14, CTN, é incompatível com a orientação da Suprema Corte, firmada nos embargos de declaração no RE 566.622, que revisou os termos do Tema 32 da repercussão geral, dispondo que "A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas".

2. Embora somente a lei complementar possa dispor acerca de requisitos materiais para imunidade, pode a lei ordinária tratar de exigências procedimentais sobre certificação, fiscalização e controle administrativo, validando a exigência do CEBAS no período a que se refere a imunidade pleiteada, e no tocante a condições não relacionadas a requisitos materiais.

3. Na espécie, a relatora enfatizou entender cabível a exigência do CEBAS, porém aderiu ao entendimento da Turma quanto à dispensa respectiva, em favor da observância apenas dos requisitos da legislação complementar. Cabe, neste sentido, acolher o juízo de retratação para análise de tal requisito legal, pois a dispensa de forma absoluta colide com a orientação adotada pela Suprema Corte.

4. A pretensão da autora, acolhida no acórdão recorrido, foi a de que não pode ser exigido o CEBAS como requisito para que se usufrua da imunidade, bastando o cumprimento do artigo 14, CTN, o que, como visto, colide com a orientação firmada pela Suprema Corte quanto à validade da lei ordinária no trato de aspectos procedimentais da imunidade.

5. Eventual indeferimento do pedido de CEBAS, por motivos incompatíveis com a orientação da Suprema Corte, no tocante, por exemplo, a aspectos materiais inerentes à previsão em lei complementar, devem ser discutidos, caso a caso, atacando, assim, o ato administrativo que não tenha respeitado os limites da atuação da lei ordinária, não sendo o caso, porém, de sustentar, de forma gené-

rica e abstrata, que a exigência de certificação de entidade de assistência social seja impedimento inconstitucional, por si, para o exercício da imunidade, como decorre da exposição deduzida na presente ação.

6. Em razão da improcedência do pedido, inverte-se a sucumbência fixada no acórdão recorrido, mantido o valor nele arbitrado a ser pago pela autora, arcando esta com as custas e despesas processuais.

7. Acolhimento do juízo de retratação para, em reexame recursal, e nos limites da devolução, dar provimento à remessa oficial e à apelação fazendária, e julgar prejudicada a apelação da autora.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados.

Em seu recurso excepcional a Recorrente alega, em síntese, afronta ao artigo 927, I e II, do CPC.

É o relatório.

DECIDO.

A questão relativa a espécie normativa exigida pela Constituição para veicular a disciplina da imunidade tributária das entidades de beneficência social foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 566.622/RS, alçado como representativo de controvérsia (tema n.º 32) e submetido à sistemática da repercussão geral (art. 1.036 do CPC), tendo se consolidado a seguinte tese: “a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar”.

O aludido paradigma, publicado em 23/08/2017, recebeu a seguinte ementa:

IMUNIDADE - DISCIPLINA - LEI COMPLEMENTAR.

Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar.

(STF, RE n.º 566.622/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017) (Grifei).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, procurando aclarar a contradição existente entre as decisões oriundas do controle abstrato de constitucionalidade, expresso nas ADIs n.º 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, e o controle concreto, balizado no RE n.º 566.622/RS, julgou conjuntamente os Embargos de Declaração opostos naqueles feitos, acolhendo-os, com efeitos infringentes, inclusive com a reformulação da redação da tese de repercussão geral, cuja dicção passou a ser a seguinte: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.”

O acórdão paradigma, cuja publicação se deu em 11/05/2020, estampa a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 32. EXAME CONJUNTO COM AS ADI’S 2.028, 2.036, 2.228 E 2.621. ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, E 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DA IMUNIDADE RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DISPONÍVEIS À LEI ORDINÁRIA. OMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 55, II, DA LEI Nº 8.212/1991. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Aspectos procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo são passíveis de definição em lei ordinária, somente exigível a lei complementar para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas no art. 195, § 7º, da Lei Maior, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.

2. É constitucional o art. 55, II, da Lei nº 8.212/1991, na redação original e nas redações que lhe foram dadas pelo art. 5º da Lei 9.429/1996 e pelo art. 3º da Medida Provisória nº 2.187-13/2001.

3. Reformulada a tese relativa ao tema nº 32 da repercussão geral, nos seguintes termos: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo benéfico de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.”

4. Embargos de declaração acolhidos em parte, com efeito modificativo. (STF, ED no RE nº 566.622/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. para acórdão Min. Rosa Weber, Pleno, julgado em 18/12/2019, DJE 11/05/2020) (Grifei).

No caso dos autos, o acórdão recorrido, em juízo de retratação, espelhou o entendimento do STF expresso nas ADIs nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, no sentido de que os aspectos procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo são passíveis de definição em lei ordinária, somente sendo exigível a lei complementar para a definição do modo benéfico de atuação das entidades de assistência social, de modo que não há ofensa ao art. 927, I e II do CPC. Ante o exposto, não admito o Recurso Especial.

Sustenta que o acórdão recorrido deixou de cumprir precedentes vinculantes do STF. Explica que o objeto da ação corresponde à validade do artigo 13, III, § 1º, I e II, § 3º, § 4º, I e II, e §§ 5º, 6º e 7º, do artigo 14, §§ 1º e 2º, do artigo 18, caput, do artigo 31 e do artigo 32, § 1º, da Lei 12.101/2009 e a Suprema Corte, na ADI 4.480, julgou inconstitucionais todos eles, na mesma linha de entendimento do RE 566.622 (lei complementar para a instituição do modo benéfico de atuação das entidades).

Alega que não questiona a exigência de certificação, mas os requisitos previstos para a expedição dela e cujo estabelecimento não pode constar de lei ordinária, segundo tese fixada no RE 566.622 e mantida na ADI nº 4.480.

Conclui que houve violação ao artigo 927, I e III, do CPC, o que justifica a admissão do recurso especial.

Houve resposta ao agravo.

É o relatório.

VOTO

1) AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

A negativa de seguimento do recurso extraordinário deve ser mantida.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de embargos de declaração opostos no RE 566.622, Tema 32, conciliou o entendimento então fixado com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621, adotando a tese única de que, embora a fixação dos requisitos para a imunidade às contribuições da Seguridade Social demande lei complementar, aspectos procedimentais do instituto, como certificação, fiscalização e controle administrativo, podem ser previstos em lei ordinária:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 32. EXAME CONJUNTO COM AS ADI'S 2.028, 2.036, 2.228 E 2.621. ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, E 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DA IMUNIDADE RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DISPONÍVEIS À LEI ORDINÁRIA. OMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 55, II, DA LEI Nº 8.212/1991. ACOLHIMENTO PARCIAL. 1. Aspectos procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo são passíveis de definição em lei ordinária, somente exigível a lei complementar para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas no art. 195, § 7º, da Lei Maior, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas. 2. É constitucional o art. 55, II, da Lei nº 8.212/1991, na redação original e nas redações que lhe foram dadas pelo art. 5º da Lei 9.429/1996 e pelo art. 3º da Medida Provisória nº 2.187-13/2001. 3. Reformulada a tese relativa ao tema nº 32 da repercussão geral, nos seguintes termos: "A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas." 4. Embargos de declaração acolhidos em parte, com efeito modificativo.

Posteriormente, na ADI nº 4.480, o STF analisou a constitucionalidade da Lei nº 12.101/2009, julgando inconstitucionais o artigo 13, III, § 1º, I e II, § 3º, § 4º, I e II, e §§ 5º, 6º e 7º, o artigo 14, §§ 1º e 2º, o artigo 18, caput, o artigo 31 e o artigo 32, § 1º, sob o fundamento de que eles versaram sobre os requisitos materiais da imunidade das contribuições à Seguridade Social, em contrariedade à tese já fixada no RE 566.622 e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Direito Tributário. 3. Artigos 1º; 13, parágrafos e incisos; 14, §§ 1º e 2º; 18, §§ 1º, 2º e 3º; 29 e seus incisos; 30; 31 e 32, § 1º, da Lei 12.101/2009, com a nova redação dada pela Lei 12.868/2013, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. 4. Revogação do § 2º do art. 13 por legislação superveniente. Perda de objeto. 5. Regulamentação do § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. 6. Entidades beneficentes de assistência social. Modo de atuação. Necessidade de lei complementar. Aspectos meramente procedimentais. Regramento por lei ordinária. 7. Precedentes. ADIs 2.028, 2.036, 2.621 e 2.228, bem como o RE-RG 566.622 (tema 32 da repercussão geral). 8. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 13, III, § 1º, I e II, § 3º, § 4º, I e II, e §§ 5º, 6º e 7º; art. 14, §§ 1º e 2º; art. 18, caput; art. 31; e art. 32, § 1º, da Lei 12.101/2009, com a nova redação dada pela Lei 12.868/2013.

Portanto, a certificação de entidade beneficente de assistência social se mantém válida, com a declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Lei nº 12.101/2009 que estabeleceram os próprios pressupostos da beneficência, como concessão e distribuição de bolsas de estudo, gratuidade, entre outros.

O acórdão recorrido, no exercício de juízo de retratação decorrente do regime de repercussão geral (RE 566.622), adotou a fundamentação de que a exigência de certificação é válida e que a aferição dos requisitos materiais da imunidade deve ocorrer em cada caso, após a prática de ato administrativo aplicador da Lei nº 12.101/2009. Concluiu que a apelação do contribuinte deve ser desprovida em ambos os aspectos.

A entidade de educação, ao interpor recurso extraordinário, alegou apenas que o acórdão recorrido violou os artigos 146 e 102, §2º, da CF, admitindo lei ordinária para a fixação dos requisitos materiais da imunidade e descumprindo acórdão proferido em controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 4.480).

Ocorre que o acórdão recorrido admitiu lei ordinária somente para a exigência de certificação, nos termos da tese que resultou do julgamento conjunto do RE 566.622 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228 e 2.621 e que foi mantida na ADI 4.480. Em relação aos artigos da Lei nº 12.101/2009, fundamentou apenas que não poderia analisar o pedido devido à necessidade de aferição dos requisitos materiais em cada caso, após a prática de ato administrativo que tenha por objeto a concessão da imunidade e que certamente estará sob o impacto do julgamento da ADI 4.480.

Em outras palavras, o acórdão recorrido verificou falta de interesse na exoneração dos requisitos materiais de imunidade previstos na Lei nº 12.101/2009.

O recorrente, entretanto, ignorou essa fundamentação, ingressando diretamente no mérito, no sentido de que os artigos da Lei nº 12.101/2001 foram aplicados pela Turma julgadora, em descumprimento de precedentes vinculantes do STF, inclusive de acórdão específico proferido em controle concentrado de constitucionalidade.

O acórdão recorrido verificou óbice para o exame do mérito, que não foi, porém, impugnado no recurso extraordinário sob qualquer base processual (dever de fundamentação, direito de ação, ampla defesa), de modo que o único fundamento remanescente – exigência de certificação – reflete precedente vinculante do STF (RE 566.622) e autoriza a negativa de seguimento do recurso.

Dessa forma, não houve enfrentamento efetivo dos requisitos materiais de imunidade previstos nos artigos da Lei nº 12.101/2009 que o STF julgou inconstitucionais, a ponto de se cogitar de violação dos artigos 146 e 102, §2º, da CF e das decisões que os analisaram em repercussão geral e controle concentrado de constitucionalidade. Somente a certificação recebeu exame de mérito, num sentido compatível com precedentes vinculantes do STF.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

2) AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL.

O agravo interno não deve ser conhecido.

Como se verifica do relatório do voto, o recurso especial não foi admitido devido ao fato de que o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral sobre o direito material – imunidade às contribuições da Seguridade Social, nos termos do RE 566.622 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.028, 2.036, 2.228, 2.621 e 4.480. O recurso especial, na verdade, foi julgado prejudicado.

Assim, não cabia ao recorrente interpor agravo interno, como se o recurso especial tivesse sido analisado segundo o rito dos recursos repetitivos e de repercussão geral – apenas o recurso extraordinário seguiu o procedimento e justificava impugnação através de agravo interno.

Houve inadmissão do recurso por fundamento diverso do julgamento baseado em recurso representativo de controvérsia e regime de repercussão geral, o que tornava cabível o agravo do artigo 1.042 do CPC e não o do artigo 1.030, §2º.

Esse fato, aliado ao descabimento da aplicação do princípio da fungibilidade – inexistente dúvida objetiva sobre o recurso cabível -, obsta o conhecimento do agravo interno.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

0013170-68.2018.4.03.6182

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 07/07/2022

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTARQUIA FEDERAL. IPTU. IMUNIDADE. IMÓVEL. UTILIZAÇÃO PARA FINALIDADES ESSENCIAIS. PRESUNÇÃO "IURIS TANTUM".

1. A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, "a", da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas, segundo o § 2º do mesmo dispositivo, é circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente a prestação de uma atividade estatal específica.
2. Gozam as autarquias e fundações da presunção "iuris tantum" de atenderem seus imóveis a finalidades públicas essenciais para a consecução de seus objetivos. Precedentes do STF.
3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos à execução opostos pelo INSS com o objetivo de cobrar crédito tributário inscrito na dívida ativa referente a IPTU de imóvel pertencente à autarquia, cobrado pelo Município de São Paulo.

Alegou o INSS estar ao abrigo da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a", da CF.

A sentença julgou procedentes os embargos. Honorários advocatícios fixados no patamar mínimo dos incisos I a V dos parágrafos 3º e 5º do art. 85 do CPC, tendo por base o valor da causa na execução fiscal.

Em apelação, o Município de São Paulo pugnou pela reforma da sentença. Sustentou ser o imposto incidente sobre imóvel residencial, não tendo a autarquia comprovado o uso para suas finalidades institucionais.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, "a", da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas segundo o § 2º do mesmo dispositivo, define negativamente o campo subjetivo sobre o qual recai a competência impositiva das pessoas políticas, de modo que não alcancem umas às outras.

É a norma constitucional circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente à prestação de atividade estatal específica.

O parágrafo 2º do mesmo artigo constitucional limita a abrangência da imunidade, para que alcance apenas o patrimônio, a renda e os serviços "vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes."

Nesse sentido, entendo gozarem as autarquias e fundações da presunção "iuris tantum" de atenderem seus imóveis a finalidades públicas, essenciais para a consecução de seus objetivos.

Por conseguinte, a cobrança do IPTU referente a imóvel pertencente a ente público somente estará autorizada mediante prova, produzida pelo fisco municipal, de ter desviado de sua finalidade pública essencial.

Nesse sentido encontra-se consolidada a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

"Agravamento regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPTU. Imunidade recíproca. Autarquia. Natureza da atividade. Destinação dos imóveis. Necessidade de reexame da legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório. Ofensa constitucional indireta ou reflexa. Súmula nº 279/STF. Ônus da prova.

1. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório da causa e no Decreto nº 2.013/96, decidiu que a agravada goza de imunidade tributária recíproca, em razão de ela ser autarquia que não desempenha atividade econômica e de seus imóveis estarem vinculados a suas finalidades essenciais. Para ultrapassar esse entendimento, seria necessário o reexame da legislação infraconstitucional e dos fatos e das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 da Corte.

2. A presunção de que os imóveis da entidade estão afetados a suas finalidades institucionais milita em favor da entidade. Cabe ao Fisco o ônus de elidir a presunção, mediante a constituição de prova em contrário.

3. Agravamento regimental não provido."

(RE 871039 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015)

"DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. IMUNIDADE. ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO ÀS AUTARQUIAS. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal entende que a imunidade tributária recíproca dos entes políticos, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Republicana, é extensiva às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

2. Agravamento regimental a que se nega provimento."

(RE 475268 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em

22/02/2011, DJe048 DIVULG 14-03-2011 PUBLIC 15-03-2011 EMENT VOL-02481-01 PP-00145)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REMESSA OFICIAL TIDA POR OCORRIDA. INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. IPTU. IMUNIDADE. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CF.

I. Hipótese de cabimento do reexame necessário, uma vez que o valor do débito é superior ao limite de 60 (sessenta) salários mínimos (§ 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil).

II. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - goza da imunidade tributária recíproca, diante da expressa previsão do art. 150, inciso VI, alínea a, § 2º da Constituição Federal. (...) As entidades imunes gozam da presunção de que seu patrimônio, renda e serviços são destinados às suas finalidades essenciais, de modo que o afastamento da imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário, produzida pela administração tributária. Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes: Imunidade. Entidade de assistência social. Artigo 150, VI, c, CF. 11/05/2022 15:06 Inteiro Teor (7395500) "Imóvel vago. Finalidades essenciais. Presunção. Ônus da prova.

1. A regra de imunidade compreende o reverso da atribuição de competência tributária. Isso porque a norma imunitória se traduz em um decote na regra de competência, determinando a não incidência da regra matriz nas áreas protegidas pelo beneplácito concedido pelo constituinte. 2. Se, por um lado, a imunidade é uma regra de supressão da norma de competência, a isenção traduz uma supressão tão somente de um dos critérios da regra matriz. 3. No caso da imunidade das entidades beneficentes de assistência social, a Corte tem conferido interpretação extensiva à respectiva norma, ao passo que tem interpretado restritivamente as normas de isenção. 4. *Adquirido o status de imune, as presunções sobre o enquadramento originalmente conferido devem militar a favor do contribuinte, de modo que o afastamento da imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração tributária.* O oposto ocorre com a isenção que constitui mero benefício fiscal por opção do legislador ordinário, o que faz com que a presunção milite em favor da Fazenda Pública.

5. A constatação de que um imóvel está vago ou sem edificação não é suficiente, por si só, para destituir a garantia constitucional da imunidade. A sua não utilização temporária deflagra uma neutralidade que não atenta contra os requisitos que autorizam o gozo e a fruição da imunidade.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento."

(RE 385.091, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 18/10/2013)

Examinados os autos, constato ausente comprovação, pelo Fisco municipal, do suposto desvio de finalidade do imóvel autárquico. Ausente a prova, presume-se a utilização para os fins públicos essenciais da autarquia previdenciária, conforme entendimento pacificado também nesta Corte. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - INSS - IMUNIDADE RECÍPROCA - RECONHECIMENTO - RECURSO IMPROVIDO.

1. A expressão imunidade tributária identifica as normas constitucionais determinantes da inexistência de competência dos entes políticos para a instituição de tributos.

2. 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.

3. O artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal 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; o texto constitucional estendeu às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público a imunidade destinada aos entes a que estão vinculadas.

4. Quanto à vinculação do imóvel objeto da cobrança de IPTU às finalidades essenciais do Instituto Nacional de Seguridade Social, 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.

5. 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 e. STJ e desta Corte Regional.

6. Apelo a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5014328-39.2019.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 19/06/2020, Intimação via sistema DATA: 30/06/2020)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. INSS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA RECONHECIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando afastar a cobrança de IPTU do exercício de 2015 (cópia da CDA de ID de n.º 158183714, página 13) incidente sobre imóvel de sua propriedade.

2. No caso dos autos, o Município embargado não apresentou qualquer prova de que o imóvel sobre o qual pretende cobrar IPTU tem destinação diversa daquela que corresponde à atividade básica do INSS. Assim, deve prevalecer a regra estabelecida na Constituição Federal.

3. Milita em favor da autarquia previdenciária a presunção de legitimidade de sua atuação, inclusive relativamente a seu patrimônio, o ônus de demonstrar que o imóvel não tem a referida vinculação às atividades essenciais da autarquia é do Município embargado (precedentes do STF e deste Tribunal).

4. Não cabe ao ente imune demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao revés, caberia ao Município embargado demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade, o que não ocorreu.

5. Majoração dos honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) do percentual fixado na sentença, nos termos do disposto nos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC.

6. Recurso de apelação desprovido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0005731-06.2018.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 26/07/2021, Intimação via sistema DATA: 02/08/2021)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA EXTENSIVA. INTERPRETAÇÃO AMPLA. DESVINCULAÇÃO DAS FINALIDADES ESSENCIAIS DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ÔNUS DO ENTE TRIBUTANTE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à imunidade tributária recíproca ex-

tensiva, prevista no art. 150, §2º, da CF/88.

2. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido que, tratando-se de imóvel pertencente à pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública Indireta, há presunção relativa quanto à afetação do bem às suas finalidades essenciais.

3. Considerando-se que às imunidades tributárias atribui-se interpretação ampla e teleológica, cabe ao ente público interessado no recolhimento da exação comprovar que a riqueza que se pretende tributar encontra-se fora do alcance da norma constitucional imunizante.

4. Na hipótese dos autos, o exequente não se desincumbiu do ônus de demonstrar que o imóvel sobre o qual pretende a cobrança de IPTU tem destinação diversa daquelas relacionados às atividades essenciais da autarquia previdenciária.

5. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0010195-73.2018.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 03/09/2021, Intimação via sistema DATA: 19/09/2021)

Ademais, a natureza residencial do imóvel não elide, por si só, a presunção, sendo imprescindível a produção de prova comprovando o desvio de finalidade.

Anote-se, ainda, a possibilidade de utilização do imóvel residencial para auferir rendimentos em favor da autarquia, a serem empregados em suas finalidades institucionais previstas em lei, permanecendo imune ao imposto, conforme disposto na Súmula 724 do C. STF, *in verbis*:

"Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art.150, VI, "C", da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades."

Nesse sentido, jurisprudência deste Tribunal:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMÓVEL RESIDENCIAL. INSS. LEGITIMIDADE. IMUNIDADE RECÍPROCA.

1. A Prefeitura Municipal de São Paulo/SP requer o pagamento, pelo INSS, de IPTU referente a imóvel registrado como de propriedade da autarquia.

2. Aplicável a imunidade tributária recíproca prevista pelo art. 150, VI, alínea a, e §2º, ambos da Constituição Federal.

3. Despicienda a comprovação da vinculação da renda à finalidade da autarquia, devidamente prevista em lei.

4. Precedentes do STJ e do STF. Súmula 724/STF.

5. Apelo improvido."

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0032931-22.2017.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 21/03/2022, Intimação via sistema DATA: 28/03/2022)

De rigor, assim, a manutenção da sentença.

Honorários recursais no percentual de 1% sobre o valor da causa, a serem acrescidos aos fixados pelo Juízo de primeiro grau.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL

5005303-20.2020.4.03.6100

Apelantes: BASF SA, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apeladas: AS MESMAS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Disponibilização do Acórdão: DJEN 04/07/2022

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REINTEGRA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA PELO PODER EXECUTIVO. NÃO OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA ANUAL E NONAGESIMAL. APELAÇÃO AUTOR PROVIDA. REMESSA OFICIAL TIDA POR OCORRIDA E APELAÇÃO UF PARCIALMENTE PROVIDAS.

-Ao analisar, no âmbito do REINTEGRA, a redução do percentual incidente sobre as receitas de exportação para apuração do crédito perpetrada pelos Decretos nº.8.415/15 e 8543/15 e 9.393/2018, o C. STF entendeu que corresponde à majoração indireta do imposto e, por isso, sujeita-se ao princípio da anterioridade).

-Considerando que os Decretos anteriormente mencionados, alteraram as alíquotas, com a majoração dos tributos incidentes sob a cadeira produtiva. E, sob esta perspectiva, é inovação legislativa que deve obedecer ao princípio da anterioridade, nos exatos termos do julgado acima referido.

-Os valores a compensar nos termos em que dispõe a Lei 10.637/2002, que passou a admitir a compensação entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornando desnecessário o prévio requerimento administrativo, observando-se ainda o disposto no art. 170-A do CTN e a prescrição quinquenal.

-Na hipótese, não há como concluir que se está diante da exceção prevista no art. 19, § 1º, da Lei n. 10.522/2002.

-No tocante ao percentual fixado para condenação em honorários advocatícios no percentual de 10% pelo r. Juízo a quo, assiste razão a União, eis que o valor constante na inicial R\$ 5.237.056,50, implica na observância do disposto no inciso III, do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil, que fixa os honorários percentuais entre 5% (cinco por cento) e 8% (oito por cento).

-Apelação autor provida.

-Remessa oficial tida por ocorrida parcialmente e apelação UF parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do autor, e parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram o Des. Fed.

MARCELO SARAIVA e o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Cuidam-se de apelações interpostas por Basf S/A e pela União Federal, visando a reforma da r. sentença que julgou procedente o pedido subsidiário, para determinar à Ré que se abstenha de aplicar à Autora a redução da alíquota do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – REINTEGRA, prevista no Decreto nº 9.393/2018 (de 2% para 0,1%), pelo prazo de noventa dias contados da publicação do mencionado Decreto (30 de maio de 2018), bem como o direito à restituição e/ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, corrigidos pela Selic. A r. sentença, condenou ainda, a União Federal em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões de apelo, a autora, sustenta em síntese, que as reduções dos percentuais promovidas pelos Decretos 8.415/15 e 9.393/2018, implicam em não observância ao princípio da anterioridade geral, nos termos em que disciplinado pelo art. 150, III, alínea, “b” da CF/88. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da anterioridade nonagesimal (artigo 150, III, “c” e 195, §6º da CF/88), à vigência do Decreto nº 8.415/2015.

Já a União Federal pleiteia a reforma do julgado no tocante à condenação em honorários advocatícios, eis que na contestação foi invocada a dispensa da Fazenda Nacional para apresentar contestação em relação ao mérito do pedido subsidiário deduzido da controvérsia. Subsidiariamente, pleiteia a reforma da r. sentença, com a fixação dos honorários advocatícios em 5%, nos termos em que disciplinado no § 3º, III, do art. 85 do CPC.

Com contrarrazões.

É o Relatório.

VOTO

Por primeiro, submeto o feito à remessa necessária, nos termos do artigo 496, I, NCP.º

Depois, em que pese o reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.285.177-RG, Tema 1.108, anoto que tal medida não implica automaticamente em suspensão dos processos em trâmite sobre a matéria, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do CPC. Nesse sentido (v.g. Rcl 25069 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 14/03/2017, DJe-066, divulgado em 31/03/2017, publicado em 03/04/2017).

Quanto à majoração das alíquotas, o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA foi inicialmente instituído pela Lei nº 12.456/2011 e se manteve até o final de 2013, tendo por objetivo a devolução, parcial ou integral, do resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados.

Posteriormente, por intermédio da MP 651/2014 (convertida na Lei 13.043/2014), o benefício foi reinstituído com alíquota de 3% de ressarcimento aos exportadores de produtos manufaturados. Entretanto, com a publicação do Decreto nº 8.415/2015, em 27 de fevereiro 2015, o aproveitamento integral dos créditos foi reduzido de 3% para 1%, prevendo o retorno ao seu patamar anterior de forma gradativa e, ainda, podendo ser revisto por ato do Poder Executivo.

O Decreto 8.543/2015, de 21/10/2015, publicado no DOU de 22/10/2015, alterou o § 7º, art. 2º, do Decreto nº 8.415, de 27/02/2015, antecipando a redução da alíquota do Reintegra para dezembro de 2015 e não mais para janeiro de 2016 e modificou novamente o direito ao reembolso dos custos tributários aos exportadores do REINTEGRA, nos seguintes percentuais e períodos:

- 1%, entre o período de 01/03/2015 e 30/11/2015;
- 0,1%, entre o período de 01/12/2015 e 31/12/2016;
- 2%, entre o período de 01/01/2017 e 31/12/2017; e
- 3%, entre o período de 01/01/2018 e 31/12/2018.

E, mais recentemente, o Decreto 9.393/18, em vigor desde 30/05/18, reduziu para 0,1% referido crédito, nos seguintes termos:

- 0,1%, entre 1º/12/ 2015 e 31/12/ 2016;
- 2%, entre 1º/01/2017 e 31/05/2018; e
- 0,1%, a partir de 1º/06/2018.

Posto isto, anote-se que as regras constitucionais da anterioridade consistem em limite constitucional ao poder de tributar que visa proteger o contribuinte contra surpresas na majoração da carga tributária. De modo que toda alteração legislativa que implique aumento de carga tributária (na alíquota ou na base de cálculo, bem como na abrangência do fato gerador) deve obedecer ao previsto no artigo 150 da CF.

Ao analisar, no âmbito do REINTEGRA, a redução do percentual incidente sobre as receitas de exportação para apuração do crédito perpetrada pelos Decretos nº.8.415/15, 8543/15 e 9.393/2018, o C. STF entendeu que corresponde à majoração indireta do imposto e, por isso, sujeita-se ao princípio da anterioridade geral e nonagesimal:(RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018; RE 1266419, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 14/05/2020, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 18/05/2020 PUBLIC 19/05/2020; RE 1264840, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 30/04/2020, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05/05/2020 PUBLIC 06/05/2020; RE 1260063, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 30/04/2020, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 04/05/2020 PUBLIC 05/05/2020).

No mesmo sentido já decidiu essa Corte: (4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5020067-79.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 01/06/2020, Intimação via sistema DATA: 02/06/2020; 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5005625-05.2018.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal ANTO-

NIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/08/2020, Intimação via sistema DATA: 25/08/2020; 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005935-80.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 09/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/06/2020).

Considerando que os Decretos, anteriormente mencionados, alteraram as alíquotas, com a majoração dos tributos incidentes sob a cadeira produtiva. E, sob esta perspectiva, é inovação legislativa que deve obedecer ao princípio da anterioridade, nos exatos termos do julgado acima referido.

E, em atendimento ao princípio da segurança jurídica, outra alternativa não resta senão manter o benefício, tal como concedido, como forma de assegurar a estabilidade das relações jurídicas.

Assim, tem direito o autor à restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos,

Os valores a compensar nos termos em que dispõe a Lei 10.637/2002, que passou a admitir a compensação entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornando desnecessário o prévio requerimento administrativo, observando-se ainda o disposto no art. 170-A do CTN e a prescrição quinquenal.

A atualização monetária, pela Taxa Selic, incide desde a data do pagamento indevido, na forma prevista no artigo 39, §4º, da Lei n. 9.250/95.

No caso, há de ser reformada a r. sentença *a quo*, com a procedência do pedido para assegurar à apelante o creditamento dos valores recolhidos indevidamente por força dos decretos mencionados (8.415/15 e 9.393/2018), respectivamente, no período de março de 2015 a dezembro de 2015 no patamar de 2% e 1,90% de junho de 2018 a dezembro de 2018, observando também, o princípio da anterioridade geral, previsto no art. 150, inc. III, alínea "b" da CF/88.

No tocante ao apelo da União Federal, em relação à condenação em honorários advocatícios, da leitura da contestação da União Federal, depreende-se que o reconhecimento do pedido autoral foi apenas parcial.

Assim, não há como concluir que se está diante da exceção prevista no art. 19, § 1º, da Lei n. 10.522/2002.

No mesmo sentido, decidiu essa quarta Turma (ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0004999-15.2016.4.03.6111, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 20/10/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/10/2020).

Quanto ao percentual fixado para condenação em honorários advocatícios no montante de 10% pelo r. Juízo *a quo*, assiste razão à União, eis que o valor constante na inicial R\$ 5.237.056,50 (id.210201118), implica na observância do disposto no inciso III, do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil, que fixa os honorários percentuais entre 5% (cinco por cento) e 8% (oito por cento).

Na hipótese, há de ser acolhido o pedido subsidiário da União, com a fixação dos honorários advocatícios no percentual de 5%, nos termos do inciso III, do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação do autor, e *parcial provimento* à remessa oficial e à apelação da União Federal, consoante fundamentação.

É o meu voto.

Sentenças



EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0054721-38.2012.4.03.6182

Embargante: ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.
Embargada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO/SP
Juiz Federal: ERIK GRAMSTRUP
Disponibilização da Sentença: DJEN 21/03/2022

SENTENÇA

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos entre as partes acima assinaladas, buscando afastar a cobrança de tributos e de seus acessórios.

Impugna a parte embargante a cobrança, apontando que:

- * Os lançamentos são nulos, dado a embargante não ter sido convocada a participar do processo administrativo de lançamento;

- * Não se pode admitir o redirecionamento da execução fiscal sem que seja oportunizada defesa prévia;

- * A embargante não é sucessora da MAFERSA, mas apenas adquiriu o fundo de comércio relativo à unidade de negócios ferroviários. Por isso não pode ser responsabilizada pelo pagamento;

- * A MAFERSA prosseguiu com suas atividades após a venda do estabelecimento para a embargante, de modo que sua responsabilidade haveria no máximo de ser subsidiária;

- * Faz-se necessária a efetiva apuração do valor que poderia vir a ser exigido da embargante, pois a embargante somente poderia ser responsabilizada pelos tributos vinculados à atividade em que teria supostamente sucedido a executada original, qual seja, a atividade ferroviária de fabricação de vagões de passageiros;

- * Ilegalidade da cobrança de multas e juros em face da sucessora;

- * Ilegalidade da cobrança de multa de 30% presente na CDA n.º 80.2.98.024311-10, porque, tratando-se de multa de mora aplicável aos débitos decorrentes de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil, o §2º do art. 61 da Lei n.º 9.430/96 é expresso ao prever a limitação de 20%, sendo que, tendo o lançamento sido realizado em momento posterior ao advento da Lei n.º 9.430/96, o instituto da retroação benigna deveria ter sido necessariamente observado.

A inicial veio acompanhada de documentos.

Em manifestação de fls. 353/357 a embargante alega que:

- * O crédito exequendo está prescrito, pois a suspensão da exigibilidade no caso de adesão a parcelamento somente ocorre com a homologação expressa e a prestação de garantia suficiente ou o arrolamento de bens.

Os embargos foram recebidos com efeito suspensivo (fls. 598).

A embargada apresentou impugnação, defendendo (fls. 611/642):

- * Regularidade das CDA's;

- * Inocorrência da decadência e da prescrição;
- * A responsabilidade tributária por sucessão não pressupõe participação no processo administrativo;
- * A responsabilidade da embargante por sucessão na forma do art. 133 do CTN por todo o passivo tributário de MAFERSA;
- * Desnecessidade de exibição dos processos administrativos;
- * Deixa de contestar a alegação referente à irregularidade da multa de 30% aplicada na inscrição n.º 80 2 98 024311-10 (Ato Declaratório do PGFN n.º 2 de 07/11/2006).

Por traslado, veio aos autos cópias da substituição da CDA n.º 80.2.98.024311-10 nos autos da execução principal, com redução da multa de mora, em concordância com as alegações da embargante.

Considerada a substituição referida, determinou-se a intimação da embargante para aditar a inicial (fls. 854).

Aditamento à inicial a fls. 856/857 reforçando os argumentos da inicial.

Réplica a fls. 858/881.

Contestação ao aditamento a fls. 884/890v.

Após despacho determinando a especificação de provas, a fls. 906/920 a embargante pediu a produção de prova testemunhal e pericial-contábil

Indeferiu-se a produção de prova testemunhal, porém foi deferida a prova pericial (fls. 921).

A fls. 922/928, a embargante apresentou seus quesitos e indicou seu Assistente Técnico.

A embargada formulou quesitos às fls. 930/933, sem indicação de Assistente Técnico.

A Perícia requereu a juntada de cópia do processo administrativo n.º 13.807.006930/00-15 (fls. 939), tendo sido juntado pela embargada a fls. 942/1164.

A fls. 1165/1166 a embargante veio informar que verificou no sistema da embargada a extinção das CDA's n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto da Execução Fiscal n.º 0041242-46.2010.4.03.6182.

A fls. 1179 a embargada confirmou referida extinção, com base em decisão judicial transitada em julgado nos autos do MS n.º 0039384-72.2009.401.3400.

Do universo das exigências embargadas, somente remanesceu em discussão a CDA n. 80.2.98.024311-10, relativa à Execução Fiscal no 0045518-28.2007.403.6182.

Consideradas as exclusões, determinou-se às partes que ratificassem os quesitos apresentados. A embargada apresentou retificação a fls. 1194/1198 e a embargante a fls. 1185/1191, pedindo o julgamento antecipado do mérito quanto às inscrições excluídas.

Decisão de fls. 1205 rejeitou o julgamento antecipado parcial do mérito.

Veio o laudo pericial a fls. 1239/1260.

A embargada se manifestou sobre o laudo a ID 58053212 e a embargante a ID 58075080.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. DECIDO.

PERDA PARCIAL DE OBJETO

Os embargos à execução perdem seu objeto sempre que algum evento posterior ao seu ajuizamento venha a prejudicar a solução da questão pendente, tolhendo-a de relevância atual. A perda de objeto faz desaparecer o interesse na resolução de seu mérito, porque esta deixa de ser útil às partes.

Nesse momento há que se consignar a superveniência de fato novo a ensejar a perda parcial de objeto da presente ação de embargos à execução.

Isso porque, conforme relatado, a embargante foi favorecida por decisão judicial transitada em julgado proferida nos autos do MS n.º 0039384-72.2009.401.3400, que culminou com a extinção das CDA's n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto da Execução Fiscal n.º 0041242-46.2010.4.03.6182.

Tanto assim, que nos autos do executivo fiscal foi explicitado o cancelamento das inscrições respectivas.

Forçoso reconhecer perda parcial do objeto dos embargos, já que não houve reconhecimento expresso do pedido e a razão para a exclusão ser alheia às causas de pedir formuladas pela embargante.

Em que pese a falta de reconhecimento expresso, há considerações a fazer em matéria de sucumbência, atribuível no caso de acordo com o princípio da causalidade.

Esse princípio, o da causalidade, tem prevalecido em respeitáveis precedentes do E. STJ, como exemplifico abaixo:

"Deveras, a imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes."

(AgRg no REsp 1104279/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 04/11/2009)

E ainda, no regime dos "recursos repetitivos", firmou a seguinte posição a que se submete este Juízo:

A Primeira Seção do STJ, sob o regime do artigo 543-C do CPC (recursos repetitivos), ratificou o posicionamento de que, em casos de extinção de execução fiscal, em face de cancelamento de débito pela exequente, é necessário verificar quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios (REsp 1.111.002/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 1º.10.09).

(Idem: AgRg no REsp 1.148.441/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 17.8.2010.)

Reconhecida a insubsistência dos créditos executados tem-se no caso a responsabilidade da parte exequente (aqui embargada) na movimentação desnecessária da máquina judiciária.

Isso posto, decreto a perda superveniente do interesse de agir, quanto às inscrições n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto

da *Execução Fiscal* n.º 0041242-46.2010.4.03.6182 e atribuo a responsabilidade pela sucumbência à exequente-embargada, da forma que será cogitada abaixo, no dispositivo. Em corolário, deixo de conhecer as alegações deduzidas a propósito dos créditos respectivos.

Prossigo no julgamento, quanto à inscrição remanescente n. 80.2.98.024311-10, relativa à *Execução Fiscal* no 0045518-28.2007.403.6182.

RECONHECIMENTO DO PEDIDO. REDUÇÃO DA MULTA CONTIDA NA CDA N.º 80.2.98.024311-10

Sustentou a embargante na inicial a ilegalidade da cobrança de multa de 30% presente na CDA n.º 80.2.98.024311-10.

Afirmou que, tratando-se de multa de mora aplicável aos débitos decorrentes de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil, o §2º do art. 61 da Lei n.º 9.430/96 seria expresso ao prever a limitação de 20%, sendo que, tendo o lançamento surgido em momento posterior ao advento da Lei n.º 9.430/96, o instituto da retroação benigna deveria ter sido necessariamente observado.

Na impugnação, a embargada deixou de contestar essa alegação com base no Ato Declaratório do PGFN n.º 2 de 07/11/2006.

Na sequência, a fis. 849, a embargada requereu a substituição da CDA n.º 80.2.98.024311-10 para redução de multa de mora aplicada, em vista da aplicação da retroatividade benéfica.

Outro caminho não resta a este Juízo senão proclamar sua procedência, diante do reconhecimento jurídico por parte da embargada-exequente.

De fato, como ensina HUMBERTO THEODORO JR.,

“Reconhecida procedência do pedido, pelo réu, cessa a atividade especulativa do juiz em torno dos fatos alegados e comprovados pelas partes. Só lhe restará dar por findo o processo e por solucionada a lide nos termos do próprio pedido a que aderiu o réu. Na realidade, o reconhecimento acarreta o desaparecimento da própria lide, já que sem resistência de uma das partes deixa de existir o conflito de interesses que provocou sua eclosão no mundo jurídico”.

(Curso de direito processual civil, Rio: Forense, 2003, p. 288)

Conforme pontifica o ilustre processualista, o conhecimento das questões fáticas e jurídicas por este Juízo fica prejudicado, em face do reconhecimento da procedência da pretensão do embargante.

Desde a sua primeira oportunidade de manifestação nos autos a parte embargada não ofereceu resistência à redução do valor da multa manifestando apenas o temor de ser indevidamente condenada na verba honorária. Diante disso, deixo de cominar-lhe sucumbência quanto a essa questão.

PRESCRIÇÃO

Prescrição é um fenômeno que pressupõe a inércia do titular, ante a violação de um direito e ao decurso de um período de tempo fixado em lei. Seu efeito próprio é a fulminação da pretensão. Não é o próprio direito subjetivo material que perece, mas a prerrogativa de postular sua proteção em Juízo. Por tal razão, o início do curso do prazo fatal coincide com o momento em que a

ação poderia ter sido proposta. O fluxo se sujeita à interrupção, à suspensão e ao impedimento.

Já a decadência é o prazo para exercício de um direito (potestativo) que, em si, gera instabilidade jurídica, de modo que a lei o institui para eliminar tal incerteza, caso o titular não o faça antes, pelo puro e simples esgotamento da faculdade de agir.

É renunciável o direito de invocar a prescrição, mas não antes de consumada (CC, 161), podendo tal renúncia ser expressa - não há forma especial - ou tácita - quer dizer, por ato de ostensivo reconhecimento do direito ao qual se refere à pretensão prescrita. Pode ser alegada a qualquer tempo e instância (CC, 162) e atualmente reconhecida de ofício (artigo 487, inciso II, do NCPC).

Contra a Fazenda Pública, é de cinco anos (D. 20.910/31, art. 1o.). Não corre enquanto pender apuração administrativa da dívida (art. 2o.). Quando se tratar de prestações periódicas, extinguem-se progressivamente. Somente se interrompe uma vez, recomeçando pela metade, consumando-se no curso da lide a partir do último ato ou termo (art. 3o. do D. 4.597/42).

Conforme o ensinamento de AGNELO AMORIM FILHO (RT n. 300/7), a prescrição está ligada às ações que tutelam direitos de crédito e reais (direitos que têm como contrapartida uma prestação). Tais são as ações condenatórias (e as execuções que lhes corresponderem). Às mesmas é que se referia o art. 177 do Código Civil de 1916 e ora são cuidadas pelos arts. 205/6 do CC/2002.

Diversamente, na decadência é o próprio direito que se extingue. Verifica-se, ao menos no campo do Direito Privado, que assim sucede em casos nos quais direito e ação nascem simultaneamente. Não pressupõe violação do direito material, pois o início do prazo está vinculado ao seu exercício normal. E uma vez que principie, flui inexoravelmente.

Os direitos que decaem pertencem ao gênero dos potestativos. Caracterizam-se pelo poder de modificar a esfera jurídica de outrem, sem o seu consentimento. Contrapõem-se a um estado de sujeição. Têm correspondentes nas ações constitutivas, positivas e negativas que, justamente, têm como objetivo a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas. E estas só fenecem, juntamente com o direito subjetivo material, quando houver prazo especial previsto em lei.

Por corolário, são perpétuas as ações constitutivas que não tenham prazo previsto e as ações declaratórias.

No campo do Direito Tributário, a matéria sofreu o influxo da principiologia publicística, sem se afastar dos conceitos acima delineados. O CTN, art. 156, V, alinha a prescrição e a decadência como formas de extinção do crédito tributário.

A primeira vem tratada pelo art. 174, atingindo a ação de cobrança, definindo-se a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário (isto é, da comunicação do lançamento ao sujeito passivo). Interrompe-se pela citação pessoal do devedor (ou pelo despacho que a ordenar, na redação posterior à Lei Complementar n. 118/05), pelo protesto ou ato judicial que o constitua em mora e por ato inequívoco de reconhecimento do débito.

A decadência foi objeto do art. 173, que se refere a um direito potestativo - o de constituir o crédito tributário e também é quinquenal, contando-se do primeiro

dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, da decisão que houver anulado o lançamento anteriormente efetivado ou da notificação, ao contribuinte, de medida preparatória à formalização do crédito tributário.

Em termos simples, nos cinco anos contados do exercício seguinte àquele do fato gerador, o Fisco pode lançar o tributo. Só então é que se torna certa a obrigação, o montante e o sujeito passivo (art. 142, CTN) e, portanto, que se pode cuidar da cobrança. Como lembra PAULO DE BARROS CARVALHO, *"... a solução harmonizadora está em deslocar o termo inicial do prazo de prescrição para o derradeiro momento do período de exigibilidade administrativa, quando o Poder Público adquire condições de diligenciar acerca do seu direito de ação. Ajusta-se assim a regra jurídica à lógica do sistema."* ("Curso de Direito Tributário", São Paulo, Saraiva, 1991).

É verdade, com respeito aos tributos cujo sujeito passivo deva adiantar o pagamento, que o prazo decadencial ocorreria em cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN). Mas isso só se admite caso as declarações do contribuinte venham acompanhadas do pagamento. Nesse caso, cinco anos após o fato gerador sobrevém a assim chamada homologação tácita e é nesse sentido que o direito de lançar decai. Não havendo recolhimento antecipado à atividade administrativa, o termo inicial da contagem da decadência não será o do art. 150, par 4º, CTN e sim o do art. 173.

Com respeito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação ou autolancamento (art. 150, do CTN), considera-se constituído o crédito tributário, na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria que inclusive foi objeto da Súmula n. 436, *"A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco"*, entendimento consolidado sob o regime dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C, do CPC/1973 (REsp 962.379/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 28.10.08)

Desta forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas prescrição do direito de a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal para cobrança do tributo.

O termo inicial para fluência do prazo prescricional para os tributos sujeitos a lançamento por homologação ou autolancamento, constituídos mediante declaração do contribuinte é a data da entrega da declaração.

Nesse sentido, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1315199/DF, cuja ementa transcrevo:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N.118/2005.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, o termo inicial do prazo pres-

cricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data vencimento da obrigação tributária, o que for posterior. Incidência da Súmula 436/STJ.

2. Hipótese que entre a data da constituição definitiva do crédito tributário (data da entrega da declaração) e a citação do devedor não decorreu mais de cinco anos. Prescrição não caracterizada.

3. Não cabe ao STJ, em recurso especial, análise de suposta violação do art. 146, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do STF. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1315199/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

Após a vigência da LC n. 118/2005 (em 09.06.2005), forçosa sua aplicação literal - a interrupção da prescrição se dará com o simples despacho citatório (na linha do precedente estabelecido pela E. 1ª. Seção do STJ, ao apreciar o REsp 999.901/RS - Rel.Min. Luiz Fux, DJe de 10.6.2009). No regime anterior à vigência da LC n. 118/2005, o despacho de citação do executado não interrompia a prescrição do crédito tributário, uma vez que somente a citação pessoal válida era capaz de produzir tal efeito. Com a alteração do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, pela LC n. 118/2005, o qual passou a considerar o despacho do juiz que ordena a citação como causa interruptiva da prescrição, somente deve ser aplicada nos casos em que esse despacho tenha ocorrido posteriormente à entrada em vigor da referida lei complementar, isto é, a 09.06.2005. Enfim: Para as causas cujo despacho ordena a citação seja anterior à entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005, aplica-se o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua antiga redação. Em tais casos, somente a citação válida teria o condão de interromper o prazo prescricional (RESP n. 999.901/RS, 1ª. Seção, representativo de controvérsia). O despacho que ordenar a citação terá o efeito interruptivo da prescrição e aplicação imediata nos processos em curso, desde que o aludido despacho tenha sido proferido após a entrada em vigor da LC n. 118, evitando-se retroatividade.

Além disso, no Recurso Especial 1.120.295/SP, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, decidiu a Primeira Seção do STJ que os efeitos da interrupção da prescrição, seja pela citação válida, de acordo com a sistemática da redação original do art. 174, I, do CTN, seja pelo despacho que determina a citação, nos termos da redação introduzida ao aludido dispositivo pela LC nº 118/2005, devem retroagir à data da propositura da demanda, de acordo com o disposto no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil de 11/01/1973, com correspondente no artigo 240, § 1º, do NCPC: "*§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação*".

Outro fato interruptivo da prescrição, relevante para o caso, é o reconhecimento da dívida por ato inequívoco do obrigado. Esse fator é conhecido tanto no direito público (art. 174, IV, CTN) quanto no privado (art. 202, VI, CC).

De fato, dispõe a respeito o CTN:

Art. 174 - A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único - A prescrição se interrompe:
(omissis)

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

O pedido de parcelamento, no direito pátrio, é precedido por confissão de dívida fiscal. Desta maneira, ocorre simultaneamente a formalização do crédito e um ato interruptivo de prescrição, que fica obstada enquanto vigor o acordo.

Não poderia ser diferente, pois, durante o parcelamento, fica impedido o Fisco de cobrar o tributo - a contrapartida natural disso é o óbice ao lapso prescricional.

O próprio CTN reza que a "moratória" é fator impeditivo do curso do prazo de prescrição, em seus arts. 155 e 155-A:

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

(omissis)

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

(omissis)

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.

Note-se que, embora o art. 155-A do CTN tenha sido instituído apenas em 2001, por força da Lei Complementar n. 104, ele nada mais fez do que explicitar um princípio geral em matéria de prescrição: enquanto não houver exigibilidade do crédito, não pode fluir o prazo extintivo.

Desta forma, conclui-se que o parcelamento é fato interruptivo (ato inequívoco de reconhecimento da dívida), faz o curso da prescrição ser contado a partir do zero, mas essa contagem só ocorrerá de fato a partir do rompimento. Enquanto o contribuinte estiver em dia, a prescrição fica impedida de correr. Rescindido o parcelamento, inicia-se o fluxo do prazo prescricional. E ainda que o parcelamento não tenha sido deferido, o ato de confissão de dívida opera idênticos efeitos, no que tange à interrupção da prescrição.

Com bases nestas premissas analisa-se a extinção dos créditos em cobro pela via da prescrição.

Como dito, remanesceu em discussão apenas a CDA n.º 80.2.98.024311-10 (PA 10880.278667/98-80), relativa à Execução Fiscal n.º 0045518-28.2007.403.6182.

Conforme as cópias do processo administrativo (PA 10880.278667/98-80) constantes do anexo sigiloso o crédito foi constituído por meio da entrega de DCTF's em 02/09/1996.

Diante da ausência de pagamento, o débito foi inscrito em Dívida Ativa em 04/12/1998.

Em 27/04/2000 a MAFERSA, a sucedida, aderiu ao REFIS.

A confissão de dívida representada pelo pedido de adesão ao parcelamento interrompeu a prescrição – a qual, até então, ainda sequer havia se iniciado porque não tinha ainda ocorrido a constituição definitiva do crédito pelo encerramento do contencioso administrativo.

Por sua vez, a *suspensão* da exigibilidade do crédito – instituto diverso da interrupção – decorreu da homologação do parcelamento após o arrolamento de bens da devedora, na forma da Súmula n. 437 do STJ.

A embargante insiste que a MAFERSA não cumpriu os requisitos necessários para garantir a homologação de sua adesão ao REFIS, uma vez que teria deixado de prestar garantia suficiente ou de promover o arrolamento de seus bens. *Sucedede que não há dúvida do arrolamento e da homologação do parcelamento, tendo em consideração a conta ter sido consolidada em 26/04/2001.*

A princípio, sua permanência no programa durou até 01/07/2007, quando este foi rescindido pela primeira vez, momento a partir do qual o prazo prescricional voltou a correr.

Inclusive, consta dos autos que, contra a primeira decisão de exclusão, a MAFERSA ajuizou o Mandado de Segurança n.º 0035236-86.2007.401.3400 (2007.34.00.03591-6) (v. portarias do comitê gestor do Refis e Certidão n.º 68/2012, doc. 01 dos documentos sigilosos) visando manter-se no programa, cuja segurança foi parcialmente concedida pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Por sua vez, a execução fiscal n.º 0045518-28.2007.403.6182 foi ajuizada em 07/11/2007.

Após o ajuizamento da execução, a MAFERSA conseguiu reverter judicialmente o ato de exclusão, tendo sido reincluída no parcelamento em 18/01/2008, fato que implicou no sobrestamento do feito executivo.

Em 01/09/2009 a rescisão do parcelamento se concretizou em definitivo, autorizando o prosseguimento do feito executivo.

Evidente, portanto, que não há que se falar em prescrição.

Destaco que o E. TRF3 já julgou no mesmo sentido caso análogo relativo à prescrição de créditos em face da MAFERSA:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - A EMBARGANTE QUESTIONA O JULGAMENTO COM FUNDAMENTO NO DISPOSTO NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC/73 - APRECIACÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. *Havendo confissão do débito com a adesão ao parcelamento, bem como a suspensão de sua exigibilidade por todo o período em que a empresa MAFERSA permaneceu vinculada ao REFIS, não há que falar em prescrição dos débitos em cobrança.*

2. *As alegações da apelante acerca da ocorrência de prescrição não restaram comprovadas nos autos: a apelante insiste em que a MAFERSA não cumpriu os requisitos necessários para garantir a homologação de sua adesão ao REFIS, uma vez que a MAFERSA deixou de prestar garantia suficiente ou de promover*

o arrolamento de seus bens de modo a garantir a homologação do pedido de parcelamento, com a consequente suspensão da exigibilidade dos débitos, pelo que o parcelamento não teria ocasionado a interrupção do prazo prescricional e, no entanto, a União afirma que existiu arrolamento vinculado ao parcelamento e que o encerramento do REFIS foi em 01/09/2009.

3. *A embargante deveria ter demonstrando cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o onus probandi, consoante preceitua o artigo 333, I, do Código de Processo Civil de 1973. Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado.*

4. Nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional, a pessoa natural ou jurídica que adquirir outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, de forma integral, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, e de forma subsidiária, se o alienante prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a nova atividade no mesmo ou em outro.

5. É o caso de sucessão entre as duas empresas. Como bem demonstrado pela embargada, houve transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante ALSTOM, quais sejam, instalações e equipamentos que compunham a sua infra-estrutura, bem como do quadro de funcionários e know how, além da transmissão de todos os contratos, com paralisação total das atividades e esvaziamento patrimonial da MAFERSA em favor da ALSTOM.

6. Restou comprovada a transferência dos ativos da executada MAFERSA, através da alienação direta do seu patrimônio e de "acordos de princípios básicos" ou da "assunção das obrigações e outras avenças", firmados com o grupo francês ALCATEL - ALSTHOM DO BRASIL LTDA, permitindo aferir, a paralisação total das atividades da MAFERSA, com a continuação, pela sucessora, da exploração da atividade econômica anteriormente desenvolvida pela sucedida.

7. Conforme declarado pela própria embargante, por meio dos referidos contratos, as partes firmaram diversos acordos relativos a: licença de tecnologia industrial, licença de marcas, subcontratação de contratos firmados pelas partes, locação de equipamentos e instalações, compra e venda de equipamentos e transferência de tecnologia e know-how, sendo todos relacionados à fabricação e desenvolvimento de produtos na área ferroviária.

8. A Fazenda Nacional comprova a transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante.

9. Resta patente a confusão entre as empresas destacadas, bem como o esvaziamento da MAFERSA, que embora se declare ativa, não possui escritório, funcionários, movimentação financeira ou faturamento, podendo-se concluir que a ALSTOM a sucedeu em todas as suas atividades empresariais e assumiu todos os contratos titularizados pela MAFERSA.

10. Ratificando a tese de sucessão, constam decisões judiciais que comprovam que a embargante Alstom, para a consecução de suas atividades, manteve os mesmos empregados da executada MAFERSA, inclusive com reconhecimento de sucessão empresarial por esta Corte Regional em outros executivos fiscais.

11. Nesse cenário, tratando-se de sucessão empresarial, ainda que de fato, não de direito, no qual a sucedida encerrou as atividades, incide plenamente a norma do art. 133, inciso I, do Código Tributário Nacional, pelo qual as pessoas jurídicas de direito privado sucessoras respondem integralmente pelos tributos devidos pelas sucedida até a data da sucessão.

12. Não prospera a aventada impossibilidade de cobrança, em face da parte embargante, de tributos que não se refiram ao estabelecimento adquirido, pois é reconhecida sua responsabilidade como sucessora integral da empresa MAFERSA, por todo o exposto, devendo portanto, responder integralmente pelo passivo adquirido.

13. Agravo interno a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2127832 - 0040115-34.2014.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2019)

NULIDADE DOS LANÇAMENTOS POR NÃO TER A EMBARGANTE PARTICIPADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A embargante defende ser nula a CDA tendo em vista ela não ter participado do processo administrativo que culminou com a constituição do crédito tributário em execução.

Ocorre que o crédito tributário não lhe está sendo cobrado na execução fiscal em virtude de seu nome constar da CDA na qualidade de corresponsável tributário, mas sim em função da possibilidade de responsabilização por sucessão.

Deste modo, não há que se falar em irregularidade da CDA, tendo em conta que a sua atual exigibilidade, especificamente em relação às embargantes, não decorre de seu conteúdo e da aparência de certeza e legitimidade de que ela goza, mas sim de circunstância alheia à sua criação, que autoriza por força própria o redirecionamento da execução fiscal por ensejar responsabilidade tributária por transferência, de modo que irrelevante para a legitimação da cobrança a sua presença no título e a sua participação no processo administrativo que o criou.

Cabe aqui observação de grande importância e que afasta, pela raiz, a objeção feita à potencial responsabilização do(a) embargante: o fato detonador da responsabilidade não está relacionado com a quantificação do crédito fiscal, nem com sua inscrição, posto que foi aferido posteriormente.

Se a conduta que justifica o redirecionamento da execução fiscal não foi contemporânea ao processo administrativo de constituição do crédito tributário, não faz sentido a exigência de notificação do embargante para manifestação a seu respeito naquela oportunidade.

Quanto ao momento em que verificada a sucessão, que a embargante defende – apenas por hipótese – ter ocorrido determinadamente quando da aquisição que efetuou de ativos na atividade ferroviária da executada original, a partir do ano de 1997, há de se recordar que a *praxis* demonstra que a sucessão de fato não necessariamente se opera em um momento determinado no tempo. Na verdade, é mais comum que as partes procurem escamotear sua malícia, aplicando um método lento, silencioso e contínuo, de esvaziamento do patrimônio e das atividades da executada original, à medida em que são assumidos pela sucessora, desonerando-se do passivo tributário sem chamar a atenção dos entes de controle.

Por outro lado, por pressupor processos paralelos de esvaziamento da sucedida e assunção de ativos e atividade pela sucessora, a aquisição de ativos da executada original, ao menos em tese, pode não configurar necessariamente a situação necessária e suficiente ao nascimento da responsabilidade tributária por sucessão de fato.

De fato, no caso concreto, embora narre a inicial que o negócio se resumiu à aquisição do fundo de comércio relacionado à unidade de negócios ferroviários localizada em São Paulo/SP, a pretensão exercida pela embargada na execução fiscal amparou-se tanto em transferência de ativos da sucedida (MAFERSA) à sucessora (ALSTOM) – que não se resume ao negócio jurídico mencionado pela embargante –, quanto em indícios de esvaziamento da sucedida (MAFERSA).

Como se verá, a transferência de ativos à embargante e o encerramento da MAFERSA ocorreram em atos sucessivos no tempo e não imediatamente após a celebração do contrato.

Em suma, a responsabilidade tributária por sucessão de fato pressupõe a análise de um universo de ocorrências concatenadas não necessariamente contemporâneas ou diretamente relacionadas ao fato gerador, daí sua demonstração não ser absolutamente exigível do ente tributante quando do lançamento, até pela insuficiência de informações de que ele dispõe quando de sua prática.

Bem por isso, a apuração de responsabilidade tributária como causa legitimadora do redirecionamento pode se processar no curso da cobrança de Dívida Ativa, dispensando de prévia apuração em processo administrativo para identificação dos coobrigados. Tanto que a legislação processual confere legitimidade passiva imediata ao responsável tributário (artigo 4º, V, da Lei nº 6.830/1980 e artigo 568, V, do CPC). Há, no caso, mero diferimento do exercício da ampla defesa e do contraditório, que passam a ser oportunizados na via judicial.

Portanto, a participação no processo administrativo fiscal não é pressuposto para a legitimidade do redirecionamento da execução fiscal com fulcro na verificação de indícios de sucessão de fato, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal.

Nesse mesmo sentido é o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cujas razões são inteiramente aplicáveis ao caso em apreço, pois que analisada a mesma questão de direito, qual seja, a necessidade de instauração de processo administrativo prévio para o fim de redirecionamento da execução fiscal em virtude de indícios da existência de grupo econômico:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTOS RELEVANTES. INEXISTÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA REDIRECIONAMENTO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DO CREDOR PENDENTE. INDÍCIOS DE GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS MEMBROS. DUPLICIDADE DE DÉBITO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

[...]

VI. A responsabilidade tributária não reclama procedimento administrativo autônomo. Pode se processar no curso da cobrança de Dívida Ativa, tanto que a legislação processual confere legitimidade passiva imediata ao responsável tributário (artigo 4º, V, da Lei nº 6.830/1980 e artigo 568, V, do CPC).

VII. A ampla defesa e o contraditório são simplesmente diferidos. Os novos executados podem, inclusive, questionar imediatamente a sujeição passiva, sem precisarem de garantia do crédito (exceção de executividade).

VIII. A dimensão dos débitos e a antiguidade da execução não justificam a alteração do procedimento. O rito aplicável ao conflito de interesses corporifica o

devido processo legal, inclusive na delimitação das oportunidades de reação, e não está sujeito à manipulação do Poder Judiciário, ainda que sob o influxo dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e justiça. A garantia da tripartição dos Poderes atua como óbice (artigo 60, §4º, III, da CF) e impede que o juiz defina casuisticamente a sequência dos atos processuais, deliberada em âmbito parlamentar e vinculante aos órgãos de aplicação da lei.

IX. De qualquer forma, segundo advertência já feita, os responsáveis tributários não terão suprimidos os meios de defesa. Além da mera postergação, a exceção de executividade subsiste para discussão de matérias que independem de dilação probatória.

[...]

XXV. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo interno prejudicado.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005464-02.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 20/09/2017, Intimação via sistema DATA: 23/09/2017)

NULIDADE DO REDIRECIONAMENTO SEM DEFESA PRÉVIA. (DES)NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (IDPJ) NOS TERMOS DO ART. 133 DO CPC PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Como relatei, assevera a embargante que o redirecionamento da execução fiscal não pode ser realizado sem que seja oportunizada defesa prévia ao responsável.

A decisão de redirecionamento pautou-se nos arts. 132 e 133 do CTN, tendo concluído o Juízo que a embargante, que não constava da CDA, haveria de ser responsabilizada pelo crédito em cobro, por haver sucedido a executada original.

Antes de tudo, é mister esclarecer que à época em que decidido o redirecionamento da execução fiscal, sequer existia em nosso ordenamento o Incidente de Desconsideração da Responsabilidade Jurídica (IDPJ), novidade trazida pelo CPC em seus arts. 133 a 137; sendo que, até então, a possibilidade de redirecionamento na execução fiscal sem a oitiva prévia do responsável tributário era pacificamente aceita pela jurisprudência pátria. O que já seria o bastante para afastar a alegação da embargante.

Com efeito, a decisão que determinou a inclusão da embargante no polo passivo não pode ser considerada como violadora do devido processo legal. Isso, porque não havia como intimá-la *antes* de sua inclusão no polo passivo. Ademais, foi devidamente citada e compareceu aos autos para se defender por intermédio de embargos à execução.

Entender o contrário equivaleria a transformar o processo de execução por título extrajudicial em processo de conhecimento, aí sim subvertendo o devido processo legal.

Toda ordem de citação exige um juízo prévio sobre sua possibilidade em tese (v.g., o juízo sobre a admissibilidade da petição inicial); esse juízo prévio não é precedido de intimação para que o requerido faça arguições prévias sobre a admissibilidade da própria citação (ou, no exemplo dado, sobre a regularidade da inicial). Fosse diferente, mesmo no processo de conhecimento toda parte eventual teria de ser ouvida antes da própria citação, um rematado contrasentido.

Na verdade, aquela decisão foi pressuposto para que a embargante viesse exercer seu direito de defesa, como faz agora. Não houvesse a determinação de redirecionamento, sequer teria ela interesse e legitimidade para arguir, como fez, as matérias de defesa de seu interesse. Essas considerações são quase um truísmo, porque há simetria com a liminar sem oitiva da parte contrária, no processo de conhecimento: a ausência de oitiva da parte contrária é inerente à urgência da tutela. Também há analogia com a penhora de ativos financeiros, em que se avaliam os requisitos e procede-se a constrição sem a oitiva do devedor (embora deva ressaltar-se que não foi decretada, ainda, nenhuma espécie de constrição). Terceira analogia: o sócio corresponsável por ato ilícito (dissolução irregular da pessoa jurídica) é citado para os termos da execução, sendo ouvido posteriormente ao exame prévio dos requisitos para a sua citação, a saber, os indícios de ato ilícito. Na execução fiscal, a determinação de citação sem oitiva da parte citanda é inerente à mecânica do processo de execução: é preciso que o responsável seja citado para que possa debater a própria responsabilidade – por essa razão mesmo que não há como ouvi-lo previamente.

O único incidente em que se procede contraditório prévio ao reconhecimento *de fraude* é o de desconsideração da personalidade jurídica, instituído apenas recentemente, em data posterior à da decisão aqui combatida.

Mas vale dizer que, mesmo após a criação do IDPJ, segue longe de estar pacificada a necessidade de oportunização de defesa prévia ao redirecionamento – em particular – da execução fiscal.

Com efeito, há clara divergência entre as duas Turmas integrantes da Primeira Seção, de Direito Público, do C. Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a Primeira Turma tem defendido a necessidade de instauração de IDPJ para o redirecionamento da execução fiscal a pessoa jurídica sucessora da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, a Segunda Turma consolidou o entendimento de que há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do IDPJ e o regime jurídico da execução fiscal, que não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo prevista no art. 134, § 3º, do CPC/2015.

É o que demonstram os seguintes julgados oriundos de ambas as turmas, todos recentes:

PRIMEIRA TURMA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. GRUPO ECONÔMICO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).
2. O redirecionamento de execução fiscal à pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação

do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí por que, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora.

Precedentes da Primeira Turma do STJ.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, em desconformidade com a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, manteve o redirecionamento da execução fiscal à pessoa jurídica integrante do mesmo grupo econômico da pessoa jurídica executada, sem a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, ao fundamento de que há responsabilidade solidária em razão de terem interesse comum na situação caracterizadora do fato gerador (art. 124, inciso I, do CTN).

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1706614/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2020, DJe 06/10/2020)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - IDPJ. ARTS. 133 A 137 DO CPC/2015. EXECUÇÃO FISCAL. CABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

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. Aplica-se, in casu, o Código de Processo Civil de 2015.

II - A instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica - IDPJ, em sede de execução fiscal, para a cobrança de crédito tributário, revela-se excepcionalmente cabível diante da: (i) relação de complementariedade entre a LEF e o CPC/2015, e não de especialidade excludente; e (ii) previsão expressa do art. 134 do CPC quanto ao cabimento do incidente nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais.

III - O IDPJ mostra-se viável quando uma das partes na ação executiva pretende que o crédito seja cobrado de quem não figure na CDA e não exista demonstração efetiva da responsabilidade tributária em sentido estrito, assim entendida aquela fundada nos arts. 134 e 135 do CTN. Precedentes.

IV - Equivocado o entendimento fixado no acórdão recorrido, que reconheceu a incompatibilidade total do IDPJ com a execução fiscal.

V - Recurso Especial conhecido e parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao tribunal a quo para o reexame do agravo de instrumento com base na fundamentação ora adotada.

(REsp 1804913/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 02/10/2020)

SEGUNDA TURMA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL.

QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. *"Há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, con siderando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015"* (AgInt no REsp 1.759.512/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18/10/2019).

2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1866901/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 27/08/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE AOS ARTS. 133 E SEQUINTE DO CPC/2015. ACÓRDÃO RECORRIDO ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 151, VI, DO CTN. DEFICIÊNCIA RECURSAL. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 283 E 284 DA SÚMULA DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 1.025/1969. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

I - Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal opostos em decorrência de redirecionamento determinado com fundamento nos arts.

124, I, 128 e 135, III, do CTN c/c arts. 50 e 187 do CC. Na sentença, os embargos foram julgados improcedentes. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.

II - Sobre a apontada ofensa aos arts. 133 e seguintes do CPC/2015, o recurso não comporta provimento.

III - *O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que tem pacificado o entendimento no sentido de que há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, con siderando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. A propósito, confira-se: REsp n. 1.786.311/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/5/2019, DJe 14/5/2019.*

IV - Sobre a alegada violação do art. 151, VI, do CTN, o recurso não comporta seguimento. O Tribunal de origem adotou como fundamento o fato de que (i) o caso gira em torno da configuração de grupo econômico de fato e há diversas execuções visando à satisfação de outros créditos; (ii) o parcelamento, assim, não abrange todos os créditos tributários do grupo econômico de fato; bem como que (iii) a propositura da medida cautelar fiscal (e a própria decretação da indisponibilidade de bens) ocorreu em momento anterior ao parcelamento dos débitos do devedor originário, não cabendo o desfazimento das medidas acauteladoras.

V - O reexame do acórdão recorrido, em confronto com as razões do recurso especial, revela que esse fundamento decisório, acima mencionado, é suficiente para manter o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, mas não foi rebatido no recurso especial, o que atrai os óbices dos Enunciados n. 283 e 284, ambos da Súmula do STF.

VI - Sobre a alegada ofensa ao art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/1969, o recurso não comporta provimento. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento con-

solidado no sentido da legalidade de aplicação do encargo legal de 20%, previsto no Decreto-Lei n. 1.025/1969, em substituição à condenação em honorários advocatícios, nos embargos à execução, assim como da aplicação da taxa SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1995, como índice adequado para a cobrança de tributos federais. Nesse panorama, destacam-se: AgRg no REsp 1.574.610/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/3/2016, DJe 14/3/2016; REsp 1.650.073/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 25/4/2017; REsp 1.574.582/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016. VII - No tocante à parcela recursal referente ao art. 105, III, c, da Constituição Federal, verifica-se que o recorrente não efetivou o necessário cotejo analítico da divergência entre os acórdãos em confronto, o que impede o conhecimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

VIII - Conforme a previsão do art. 255 do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula n.

284 do STF.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1759512/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019)

A indefinição do tema também persiste no âmbito do E.TRF3, que buscou resolvê-lo de forma definitiva por meio da instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

No julgamento do IRDR n.º 001761097.2016.4.03.0000 pelo E.TRF3, restou firmada a seguinte tese vinculante:

“Não cabe instauração de incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados”.

Ou seja, o E. TRF3 apresentou entendimento no sentido de que o IDPJ não é cabível nas hipóteses dos arts. 132 e 133 do CTN, que são os dispositivos legais que amparam a pretensão da embargada. *O que também afastaria a tese da embargante, caso a decisão de redirecionamento fosse posterior à criação desse instituto.*

É verdade que referido IRDR ainda não se encerrou, mas, reforçando o que já foi dito acima, isso não altera o fato de que a execução foi devidamente redirecionada conforme o entendimento existente à época do exercício da pretensão pela exequente/embargada.

Por isso rejeito a alegação.

SUCESSÃO DE FATO

De acordo com o art. 133 do Código Tributário Nacional há responsabilidade tributária por sucessão quando uma pessoa adquire de outro fundo, ou estabelecimento, prosseguindo na respectiva exploração.

Transcrevo, por comodidade, os dizeres do referido dispositivo:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

Como se percebe, a sucessão independe da forma ou da denominação escolhida pelo sucessor. A sucessão não se limita à transmissão de estabelecimentos comerciais, mas também a outras modalidades de exploração econômica, inclusive a profissional liberal, como resulta da dicção do já referido art. 133 (RESP n. 790.112/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO). Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão. (Tese julgada pelo STJ pelo rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema 382 e Súmula n. 554/STJ).

Há duas formas de sucessão. Primeiramente, aquela em que a responsabilidade é assumida de *modo integral*, quando houver cessação de atividade pelo alienante. Repare-se que isso não exclui a co-responsabilidade deste (alienante). A lei não o exime: existe para beneficiar o Fisco e não para prejudicá-lo. Assim, o que o legislador deu a entender foi que o Fisco pode exigir os tributos devidos, até a transmissão, integralmente, seja do responsável por sucessão (o adquirente do estabelecimento), seja do alienante (porque este, afinal, era o contribuinte). O que ocorre e deve ter sido levado em conta pelo legislador é que, se o alienante cessou atividades, geralmente não terá meios para responder. Daí a responsabilidade integral do sucessor. Comentando esse tópico, diz Hugo de Brito Machado (in Curso de Direito Tributário, p. 110):

“Quem diz integralmente não está dizendo exclusivamente. (.) O alienante, mesmo tendo cessado a respectiva exploração, continua responsável. (.) A palavra integralmente há de ser entendida como solidariamente e não como exclusivamente. (...) havendo mais de uma interpretação possível, não há de se preferir aquela que dá oportunidade para fraudes.

E com relação ao inciso II, arremata: “Significa que em primeiro lugar a dívida há de ser cobrada ao alienante do fundo ou estabelecimento, e se este não tiver com que pagar será cobrada do adquirente.”

A segunda forma de sucessão implica em responsabilidade *subsidiária*. Ela pressupõe que o transmitente do estabelecimento empresarial prossiga na exploração de atividade econômica ou a inicie, no prazo de seis meses, independentemente do ramo escolhido.

Em conclusão, de acordo com as circunstâncias peculiares da transmissão, o adquirente de estabelecimento destinado à exploração de atividade econômica pode responder solidária ou subsidiariamente, conforme o caso.

No presente caso, a embargante primeiramente nega a sua responsabilidade pelos débitos de MAFESA negando a ocorrência de sucessão e, secundariamente, pretende ver reconhecido que a sua responsabilidade por seu pagamento é apenas subsidiária, na medida em que a sucedida teria prosseguido na exploração de outras atividades; assim como aduz que sua responsabilidade deveria se limitar apenas aos tributos relativos à atividade transferida, de fabricação de vagões de passageiros; sempre excluída a sua responsabilidade pelas multas e pelos juros.

Sucedede que, ainda que os tributos em cobro não decorressem da atividade ferroviária de fabricação de vagões de passageiros, o fato é que, como se verá, o caso contempla todos os elementos de uma sucessão empresarial integral de fato, com o ingresso completo da embargante na atividade exercida, seguido da desativação programada da sucedida, inclusive com migração de funcionários e maquinário. A circunstância de não ter sido formalizada a sucessão nestes termos é irrelevante, pois os elementos fáticos permitem inferi-la.

Embora narre a inicial que o negócio se resumiu à aquisição do fundo de comércio relacionado à atividade ferroviária de fabricação de vagões de passageiros, a sua real extensão foi bem comprovada pela embargada, não sendo possível outra conclusão senão a de que a embargante é sucessora de toda a atividade da MAFERSA.

Opto por dividir a exposição em dois tópicos: um relativo à transferência da atividade à embargante e outro relativo ao encerramento da MAFERSA.

* Transferência de ativos da sucedida (MAFERSA) à sucessora (ALSTOM)

Como bem demonstrado pela embargada pelos documentos sigilosos juntados aos autos, foram celebrados negócios jurídicos de transferência de diversos ativos da executada MAFERSA à embargante ALSTOM, quais sejam: instalações e equipamentos que compunham a sua infraestrutura, bem como do quadro de funcionários e *know how*, além da transmissão de todos os contratos.

Neste sentido:

* A Ficha de Breve Relato da MAFERSA fornecida pela JUCESP indica que em 17/01/1997 foi firmado um “acordo de princípios básicos” entre MAFERSA e o grupo GEC ALSTHOM TRANSPORT (v. doc. 04 do anexo sigiloso – Registro 046.133/98-7 – SESSÃO 31/03/1998);

* O mesmo documento indica que, em 31/01/1997 os diretores da MAFERSA firmaram um “documento” com a GEC ALSTHOM TRANSPORTE DO BRASIL LTDA., que é o nome anterior da embargante, atualmente chamada ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA (v. doc. 04 – Registro 046.135/98-4 – SESSÃO 31/03/1998);

* O referido “documento” é o “contrato de assunção de obrigações e outras avenças” juntado como doc. 15, firmado justamente em 31/01/1997 pelas partes acima referidas;

** Observa-se que o referido contrato de contemplou a transferência à embargante: de toda a tecnologia e know-how, patenteados ou não, relativos à fabricação de produtos na área ferroviária; de sete contratos firmados pela MAFERSA, dentre os quais, com o Metrô Rio e Metro São Paulo; do direito exclusivo de utilização das marcas registradas de MAFERSA; a locação e posterior venda dos equipamentos e instalações vinculados à atividade.*

As evidências não se resumem aos negócios celebrados, pois há também prova substancial da efetiva transferência do patrimônio da MAFERSA para a embargante. Neste sentido, ainda a Ficha de Breve Relato da JUCESP demonstra que:

* Em 27/08/1998 foi apresentada aos membros do Conselho da MAFERSA, a minuta do contrato de subcontratação da empresa para a embargante, para análise e ratificação (v. doc. 04 – Registro 134.283/98-3);

* Em 27/08/1998 houve aprovação da autorização para alienação de alguns ativos da unidade industrial de São Paulo para a embargante (v. doc. 04 – Registro 134.286/98-4);

* Em 04/09/1998 foi aprovada e autorizada para alienação do prédio administrativo e armazém da unidade industrial de São Paulo para a embargante, mediante autorização dos bancos credores das quotas de MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (v. doc. 04 – Registro 139.085/98-1);

* Em 24/03/1999 aprovação da autorização alienação de ativos da unidade industrial de São Paulo para a embargante (v. doc. 04 – Registro 043.114/99-4).

No mesmo sentido, como doc. 05 do anexo sigiloso, foi juntada ata da reunião do Conselho de Administração da MAFERSA realizada em 08/12/1997, que atesta outros atos de transferência. Com efeito, consta da “Ordem do dia”:

* Ratificar o ato da diretoria que protocolou carta junto ao metrô de Brasília, referente à subcontratação da embargante para consecução da obra;

* Submeter à análise e aprovação da minuta do contrato de subcontratação da embargante referente ao contrato da CBTU série 200;

* Informar sobre o andamento da subcontratação da embargante perante a CPTM.

Da mesma ata consta, ademais, o desligamento da MAFERSA do Sindicato Interestadual da Indústria de Materiais e Equipamentos Ferroviários e Rodoviários – SIMEFRE e da Associação Brasileira da Indústria Ferroviária – ABIFER, por força da saída da empresa do setor após a subcontratação com a embargante de praticamente todas as suas obras no setor ferroviário.

Por sua vez, a Ficha de Breve Relato da ALSTOM fornecida pela JUCESP, juntada como doc. 06 do anexo sigiloso, anota a aprovação da compra de imóveis localizados no Estado de São Paulo, na Av. Raimundo Pereira de Magalhães n.º 220, no bairro da Lapa (v. registros n.º 138.300-98-7 e 146.610/98-2). *Cuida-se da sede da MAFERSA, como se vê no extrato de CNPJ de doc. 02 – SITUAÇÃO ATIVA.* Tanto é que, como demonstram as certidões juntadas como doc. 09 do anexo sigiloso, em diversas diligências visando penhorar bens da MAFERSA no

endereço constante do seu CNPJ, os Oficiais de Justiça se depararam com a embargante ocupando o seu lugar. A transferência desse imóvel aparece também no doc. 07 do anexo sigiloso, Declaração de Operações Imobiliárias, que demonstra também a celebração de diversos contratos de compra e venda entre a MAFERSA e o sócio minoritário da ALSTOM, Michel Bocaccio (v. doc. 06).

Já os extratos do CNIS, juntados como doc. 08 do anexo sigiloso, atestam que a embargante assumiu diversos dos empregados que rescindiram seus contratos de trabalho com a MAFERSA.

Enfim, diante de tantas evidências, é inegável a sucessão de MAFERSA em sua atividade pela embargante, o que a torna responsável tributária pelos débitos da sucedida.

Resta saber, contudo, se esta responsabilidade é subsidiária ou integral (solidária), o que exige análise do que ocorreu com MAFERSA após as transferências ocorridas, pois que, conforme o art. 133 do CTN, adquirente que continuar a respectiva exploração responde “integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade” (inciso I) ou “subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo do comércio, indústria ou profissão” (inciso II).

** Esvaziamento da sucedida*

Há prova robusta de que a MAFERSA encerrou suas atividades após a sucessão.

É claro que, primeiramente, as provas que atestam a transferência de ativos à embargante, demonstram também o esvaziamento da sucedida. Afinal, foram transmitidas estruturas físicas, bens incorpóreos, empregados e os contratos mais relevantes. Difícil imaginar a continuidade da atividade após tantos desfalques. E essa impressão é comprovada pelas demais provas juntadas aos autos.

O laudo pericial, ao responder a quesito formulado pela própria embargante, aponta que a documentação juntada aos autos não é capaz de comprovar que, após a venda de direitos e ativos à sucessora (ALSTOM), a sucedida (MAFERSA) tenha passado a desenvolver atividades diversas:

“Os documentos apresentam informações tais como: solicitação de desdobramento de atividade; autorização para vendas de ativos; constituição de sociedade e outros, não sendo hábeis a comprovar que a Mafersa passou a desenvolver efetivamente atividades alheias àquelas cujos ativos e direitos foram transferidos à Embargante.” (fls. 1246)

Ademais, a sociedade não possui movimentação financeira significativa conforme os registros de Declarações de Operações Financeiras (DIMOF) (v. doc. 03 dos documentos sigilosos).

Consulta às RAIS, relativas aos anos de 2010 e 2011, demonstram que a empresa possui apenas dois empregados, nos cargos de “gerente administrativo” e “auxiliar de escritório, em geral” (v. doc. 02 dos documentos sigilosos).

As certidões lavradas por Oficiais de Justiça nos endereços constantes no CNPJ e a JUCESP, juntadas como doc. 09, demonstram, em síntese, que: a MA-

FERSA encerrou suas atividades, não possui bens penhoráveis e está estabelecida em uma sala de escritório em um prédio da embargante, onde nem os móveis são seus. Os seus representantes remanescentes se dedicam a resolver pendências administrativas com seus antigos funcionários. Não há atividade empresarial.

Os recolhimentos mensais efetuados no âmbito do REFIS não ultrapassavam a quantia de R\$ 4.000,00, enquanto que, só os juros da dívida ultrapassam a quantia de R\$ 250.000,00 por mês (v. doc. 01 dos documentos sigilosos).

A sua exclusão do REFIS conforme a Portaria CG/REFIS n.º 2.252 foi motivada pela constatação em 2009 de que a suas atividades foram suspensas ou que ela não auferia receita bruta há mais de 9 meses.

Conjugados os dois últimos fatos, tem-se a nítida impressão de que os recolhimentos mínimos visavam apenas gerar a impressão de que a empresa seguia em atividade.

A inicial menciona que a MAFERSA teria encerrado suas atividades e sido sucedida por MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA.. E a embargante defende que ela assim prosseguiu em atividade, porém produzindo rodas de ônibus, empresa diversa da transmitida, por meio de suas subsidiárias integrais, o que também compõe o seu objeto social.

Em primeiro lugar, o acolhimento desta tese somente poderia calhar à embargante, caso tivesse produzido prova de que os créditos em cobro dizem respeito à produção de rodas de ônibus.

Em segundo lugar, ela não apresentou qualquer comprovação da atividade empresarial dessa subsidiária integral.

Os seus documentos constitutivos não indicam nada sobre a subsistência de sua atividade, mesmo por que, como se viu, a transferência de ativos à embargante e o encerramento da MAFERSA ocorreram em atos sucessivos no tempo e não imediatamente após a celebração do contrato. Ademais, vai mal o argumento se o último indício de atividade da empresa é de mais de 20 anos atrás. Difícil acreditar que seria complexo trazer aos autos qualquer prova de atividade de 1998 para cá.

Igualmente, o laudo pericial não pôde apresentar qualquer conclusão a respeito das atividades supostamente exercidas pela MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA.:

“A perícia solicitou a Embargante outros documentos (Termo de Diligência) para que pudesse atestar quais atividades teriam sido prestadas no período avaliado pela Mafersa e pela Mafersa Rodas. No entanto, considerando apenas terem sido apresentados os documentos de forma parcial (Balanços patrimoniais de 1993 a 2004 da Mafersa S/A.), não foi possível a perícia realizar qualquer outra conclusão.” (fls. 1521).

O laudo também apontou que de 1999 a 2008 a MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. declarou R\$ 0,00 como Receita Bruta, enquanto que não houve cálculo de Receita Bruta dos anos de 2009 a 2012 (fls. 1252). Assim como demonstrou que, analisando o DECRED, DIMOF e CAGED/RAIS a empresa não teve movimentação financeira no período de 1999 a 2012 (fls. 1253), sendo que também não foram

apresentados ao perito os documentos solicitados tais como seus balancetes contábeis e DIPJs (fls. 1253). Por fim, analisando o CAGED, não encontrou empregados registrados na empresa no período de 1998 a 2010 (fls. 1254).

Com efeito, conforme o doc. 14 dos documentos sigilosos, desde 1999 a empresa está "INATIVA", entre 2004 e 2009 constou como "ISENTA". Não há receita bruta. O DIMOF não indica operações financeiras. A RAIS e a CAGED não encontrou registros de empregados de 1998 a 2013.

Há ainda indícios de fraude na constituição dessa sociedade.

O laudo pericial dá a entender que a MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. foi constituída para o fim de receber os ativos valiosos da executada original e vendê-los, para o fim de pagar uma seleta casta de credores. Quer dizer, :

"Referida sociedade, no qual a Mafersa Sociedade Anônima e CIM - Associação de Condomínios Investidores Mafersa criaram, teve o intuito de reverter os ativos da Unidade Industrial Caçapava (constituído por terreno, construções, benfeitorias, equipamentos e imóveis) e da Unidade Industrial Lapa (constituído pelo prédio da administração Central Geral e um galpão industrial), para que os bens patrimoniais fossem vendidos nesta sociedade, conforme valores atribuídos por Laudo de Avaliação de empresa especializada, no qual os bancos receberiam sob a forma de promessa de dação de pagamentos de seus créditos (dívidas contraídas pela Mafersa S/A.) quotas sociais desta sociedade - "Mafersa Rodas e Participações Ltda." (fls. 1247)

Nota-se também no contrato social da MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA., que, embora ela tenha o mesmo objeto social da MAFERSA, possui capital social de apenas R\$ 1.000,00. Totalmente incompatível com a atividade exercida.

Posteriormente esse capital social foi elevado ao montante de R\$ 39.968.030,00. Todavia, como demonstrou o laudo pericial, esse aumento foi efetivado pela transferência de diversos ativos da MAFERSA, o que reforça a impressão de que a empresa foi constituída com o único fim de ludibriar parcela de seus credores (fls. 1250).

Ainda nesse sentido, o laudo pericial também demonstrou que, após a transferência dos ativos, a MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. firmou contrato de comodato com a MAFERSA entregando-lhe um dos imóveis utilizados no aumento de seu capital social, supostamente para que a última exercesse o seu objeto social. Ou seja, a MAFERSA retirou o bem de seu patrimônio dificultando a satisfação de seus credores, porém, alegadamente, continuaria a servir-se dele em suas atividades. Sem embargo, como afirmado pelo experto, sequer há provas de que a MAFERSA tenha prosseguido em atividade no imóvel:

"Para a perícia, apenas é possível concluir com base no documento avaliado, que o bem retornou a Mafersa S/A. por meio de comodato, mas não é possível concluir, com base neste único documento, que necessariamente, este foi utilizado para desenvolvimento de sua atividade." (fls. 1251).

Claro, portanto, o encerramento das atividades da sucedida. Assim é que a responsabilidade da embargante pelas dívidas tributárias da MAFERSA em cobro na execução fiscal somente pode ser integral, a forma do art. 133, II do CTN.

Por fim, vale destacar que a questão da sucessão da MAFERSA pela ALSTOM, a empresa embargante, tampouco é novidade no Judiciário. Só no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região ela já foi reconhecida no mínimo em quatro oportunidades diversas, nos mesmos termos desta sentença:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - A EMBARGANTE QUESTIONA O JULGAMENTO COM FUNDAMENTO NO DISPOSTO NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC/73 - APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Havendo confissão do débito com a adesão ao parcelamento, bem como a suspensão de sua exigibilidade por todo o período em que a empresa MAFERSA permaneceu vinculada ao REFIS, não há que falar em prescrição dos débitos em cobrança.

2. As alegações da apelante acerca da ocorrência de prescrição não restaram comprovadas nos autos: a apelante insiste em que a MAFERSA não cumpriu os requisitos necessários para garantir a homologação de sua adesão ao REFIS, uma vez que a MAFERSA deixou de prestar garantia suficiente ou de promover o arrolamento de seus bens de modo a garantir a homologação do pedido de parcelamento, com a consequente suspensão da exigibilidade dos débitos, pelo que o parcelamento não teria ocasionado a interrupção do prazo prescricional e, no entanto, a União afirma que existiu arrolamento vinculado ao parcelamento e que o encerramento do REFIS foi em 01/09/2009.

3. A embargante deveria ter demonstrando cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o onus probandi, consoante preceitua o artigo 333, I, do Código de Processo Civil de 1973. Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado.

4. Nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional, a pessoa natural ou jurídica que adquirir outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, de forma integral, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, e de forma subsidiária, se o alienante prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a nova atividade no mesmo ou em outro.

5. É o caso de sucessão entre as duas empresas. Como bem demonstrado pela embargada, houve transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante ALSTOM, quais sejam, instalações e equipamentos que compunham a sua infraestrutura, bem como do quadro de funcionários e know how, além da transmissão de todos os contratos, com paralisação total das atividades e esvaziamento patrimonial da MAFERSA em favor da ALSTOM.

6. Restou comprovada a transferência dos ativos da executada MAFERSA, através da alienação direta do seu patrimônio e de "acordos de princípios básicos" ou da "assunção das obrigações e outras avenças", firmados com o grupo francês ALCATEL - ALSTHOM DO BRASIL LTDA, permitindo aferir, a paralisação total das atividades da MAFERSA, com a continuação, pela sucessora, da exploração da atividade econômica anteriormente desenvolvida pela sucedida.

7. Conforme declarado pela própria embargante, por meio dos referidos contratos, as partes firmaram diversos acordos relativos a: licença de tecnologia industrial, licença de marcas, subcontratação de contratos firmados pelas partes, locação de equipamentos e instalações, compra e venda de equipamentos e transferência de tecnologia e know-how, sendo todos relacionados à fabricação e desenvolvimento de produtos na área ferroviária.

8. A Fazenda Nacional comprova a transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante.

9. Resta patente a confusão entre as empresas destacadas, bem como o esvaziamento da MAFERSA, que embora se declare ativa, não possui escritório, funcionários, movimentação financeira ou faturamento, podendo-se concluir que a ALSTOM a sucedeu em todas as suas atividades empresariais e assumiu todos os contratos titularizados pela MAFERSA.

10. Ratificando a tese de sucessão, constam decisões judiciais que comprovam que a embargante Alstom, para a consecução de suas atividades, manteve os mesmos empregados da executada MAFERSA, inclusive com reconhecimento de sucessão empresarial por esta Corte Regional em outros executivos fiscais.

11. Nesse cenário, tratando-se de sucessão empresarial, ainda que de fato, não de direito, no qual a sucedida encerrou as atividades, incide plenamente a norma do art. 133, inciso I, do Código Tributário Nacional, pelo qual as pessoas jurídicas de direito privado sucessoras respondem integralmente pelos tributos devidos pelas sucedida até a data da sucessão.

12. Não prospera a aventada impossibilidade de cobrança, em face da parte embargante, de tributos que não se refiram ao estabelecimento adquirido, pois é reconhecida sua responsabilidade como sucessora integral da empresa MAFERSA, por todo o exposto, devendo portanto, responder integralmente pelo passivo adquirido.

13. Agravo interno a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2127832 - 0040115-34.2014.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2019)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO (MAFERSA/ALSTOM): CONFIGURAÇÃO DO PREVISTO PELO "CAPUT" E PELO INCISO I DO ART. 133, CTN - RESPONSABILIDADE PELAS MULTAS MORATÓRIAS E PUNITIVAS, MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, BEM ASSIM PELA SÚMULA 554, STJ - PRECEDENTE ESPECÍFICO DESSA E. TERCEIRA TURMA - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Como uma luva a se amoldar, sim, o caso vertente ao figurino da tributária responsabilidade por aquisição de fundo de comércio, caput do art. 133, CTN.

2. Com todas as letras afirma a parte apelante adquiriu tecnologia, marca, maquinário e instalações da Mafersa, fls. 403, penúltimo parágrafo, aquela tendo cedido os ativos da unidade de São Paulo, fls. 406, segundo parágrafo.

3. Sem sucesso a invocada ausência de sucessão, ausente nos autos qualquer evidência a respeito, ônus contribuinte, não se logrando afastar a incontornável sujeição passiva do adquirente em pauta pelos encargos fiscais devidos, oriundos da atividade anterior.

4. No logrou a parte embargante atender a seu ônus mínimo, como ação cognoscitiva desconstitutiva em que se traduzem os embargos, no sentido de revelar a inocorrência da sucessão ou tenha se dado a continuação, sem interrupção ou com retorno em inferiores seis meses (inciso II, daquele preceito), pelo alienante do estabelecimento. Assim, inaplicável ao caso a responsabilidade subsidiária, inciso II, do art. 133, CTN.

5. Conjugado o quanto construído nos autos segundo os ônus dos litigantes, inábeis as sustentações embargantes para afastar a assim firmada convicção de que se esteja diante de cabal sucessão empresarial sobre a estrutura da empre-

sa contribuinte, em relação ao responsável tributário, subsumindo-se o conceito deste ao da norma tributante em espécie.

6. Esta C. Terceira Turma já apreciou situação idêntica envolvendo a sucessão da Mafersa pela Alstom, cujos argumentos são os mesmos, AC 00433976120064036182, Relator Desembargador Federal Carlos Muta. Precedente.

7. Adequa-se inteiramente o litígio em pauta ao fenômeno da responsabilidade tributária estampado no art. 133, caput e inciso I, CTN.

8. Não prospera a aventada impossibilidade de cobrança, em face da parte embargante, das multas aplicadas à empresa sucedida, vez que a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se a referido acessório, irrelevante sua natureza - moratória ou punitiva - vez que acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, matéria julgada sob o rito dos Recursos Repetitivos, REsp 923012 / MG, bem assim da Súmula 554, do C. STJ, in verbis: "Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão."

9. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1641575 - 0000786-59.2007.4.03.6182, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 24/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SUCESSÃO DE FATO - CARACTERIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO - SUCESSÃO TRIBUTÁRIA - HIPÓTESE ESPECÍFICA. TERMO INICIAL - APLICAÇÃO DA TEORIA DA ACTIO NATA. TERMO FINAL - PLEITO DE REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO CUJO RECONHECIMENTO REQUER INÉRCIA FAZENDÁRIA, INEXISTENTE NO CASO CONCRETO. MULTA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SUCESSORA.

1. Ainda que não se trate de hipótese de sucessão formal de empresas, nos estritos termos do supracitado artigo 133 do CTN, o conjunto probatório é suficiente para se identificar a caracterização de sucessão empresarial de fato entre a devedora original Mafersa S/A e a embargante Alstom Hydro Energia Brasil Ltda, de forma a se mostrar cabível a responsabilização da segunda (sucessora) pelos débitos tributários inadimplidos pela primeira. Precedentes do TRF3 (5ª e 6ª Turmas).

2. No que concerne à prescrição para o redirecionamento de execução fiscal a empresa sucessora da devedora original, tem se pacificado na jurisprudência (em oposição ao que ocorre quanto ao redirecionamento a sócios/dirigentes) o entendimento de ser aplicável, na hipótese, a chamada teoria da actio nata, ou seja: o interesse e a necessidade para se pleitear o redirecionamento do feito executivo surge para o exequente apenas quando identificada nos autos executivos a existência de elementos que indiquem a existência da sucessão de empresas. 3, o pleito de adesão da executada Mafersa S/A ao programa de parcelamento conhecido como Refis, que se efetivou em 27/04/2000 e que culminou na determinação de suspensão da execução fiscal supra em 20/09/2002 é causa interruptiva da prescrição.

4. O termo final da prescrição em tela deu-se com o pedido de redirecionamento da execução fiscal à empresa sucessora - que, na hipótese dos autos, foi formalizado em 03/11/2004. Não transcorrido período superior a cinco anos entre tais marcos temporais (29/03/2004 a 03/11/2004), deve ser afastada a alegação de prescrição para o redirecionamento da execução fiscal à empresa Alstom Hydra

Energia Brasil Ltda. Prescrição não consumada mesmo que se considere como termo final a data da citação da embargante.

5. Em se tratando de hipóteses em que se discute sucessão de empresas e/ou formação de grupos econômicos, inclina-se a jurisprudência no sentido de que não basta o mero decurso de lapso superior a cinco anos para que se configure a prescrição para o redirecionamento. Imprescindível, em tais situações, a identificação de inércia fazendária. Precedentes do TRF3 (1ª e 4ª Turmas).

6. Pacífico o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de se exigir do sucessor empresarial as multas devidas pela empresa sucedida, tendo em vista que os tributos devidos e seus respectivos acessórios/consectários acompanham o patrimônio da empresa sucedida. Precedentes (STJ e 5ª Turma do TRF3).

6. Apelação da parte contribuinte não provida.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1622313 - 0008150-82.2007.4.03.6182, Rel. JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, julgado em 10/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557, CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGO 133, CTN. PROVA SUFICIENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, nos autos, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. A execução fiscal tratou de contribuições do período de fevereiro/1997 e maio/1998, com execução fiscal ajuizada em 04/10/2002, antes da vigência da LC 118/2005, estando prescritos os créditos com vencimento em data anterior ao quinquênio retroativo à propositura da ação (04/10/1997), pelo que deve ser reformada a sentença.

3. A aquisição, a que se refere o artigo 133 do CTN, deve ser aferida a partir de elementos de fato de cada caso concreto, vez que a dissolução irregular de um dado empreendimento indica a inexistência de formalidade legal própria à caracterização da sucessão, o que ocorre, sobremaneira, como forma de contornar a própria responsabilidade tributária.

4. Contra a sucessão tributária alegou-se que a MAFERSA apenas transferiu tecnologia, licenciamento de tecnologia e aquisição de equipamentos e instalações, mas não a integralidade do fundo do comércio, restando imóveis e ativos nas unidades de Caçapava, Contagem e Rio de Janeiro e que, se houvesse responsabilidade, seria subsidiária quanto aos negócios do estabelecimento de São Paulo, que assumiu, conforme artigo 133, II, CTN.

5. Todavia, consta da sentença a análise fático-jurídica que elide a tese da agravante, demonstrando que: "Da leitura dos documentos juntados aos autos pelo embargado (fls. 298, 250, 257, 258, 263, 268/324, 375/379 da execução fiscal), bem como pelas diligências realizadas na execução fiscal, a única conclusão possível é de que a ALSTOM é a sucessora da MAFERSA. Além disso, o site da embargante disponibiliza no seu histórico a seguinte informação: 1997- Alstom compra as atividades e contratos da Companhia Estadual MAFERSA e inicia a produção local de trens (www.alstom.com.br). A circunstância de não ter sido formalizada a sucessão é irrelevante, pois os elementos fáticos permitem inferir a continuidade da exploração da atividade econômica pela ALSTOM. Quanto à alegação de que a MAFERSA é proprietária de 2 imóveis, as certidões apresentadas

pela embargante não estão atualizadas. Ademais, o imóvel registrado sob o nº 84.237 encontra-se com vários gravames, quanto ao imóvel registrado sob o nº 19.593 a certidão está incompleta. Assim, não há como se verificar a situação atual dos imóveis.'

6. É robusta, pois, a conclusão probatória de que foi adquirido, pela agravante, o estabelecimento e negócio da devedora originária, não se cuidando de mera presunção, mas de prova de responsabilidade tributária por sucessão (artigo 133, I, CTN), já que não subsistiu a exploração do negócio por aquela outra empresa, sucedida que foi pela agravante de forma integral.

7. Manifestamente infundada a alegação de que não pode a multa ser cobrada da sucessora, pois o artigo 133, CTN, ao referir-se à sucessão no pagamento do tributo, não exclui os acessórios legais, sobretudo a multa por descumprimento da obrigação tributária, não se tratando de criar tributo sem lei, mas de disciplinar o Código Tributário Nacional o campo de responsabilidade do sucessor, no tocante às obrigações principais e acessórias exigíveis do devedor originário e de quem o sucedeu.

8. Agravo nominado desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1586941 - 0043397-61.2006.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 15/01/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2015)

Igualmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região já reconheceu a sucessão trabalhista da MAFERSA pela ALSTOM em diversos julgados. Caso dos Agravos de Petição n.ºs 0147100-89.1992.5.02.0023 e 0023000-58.1996.5.02.0076; bem como do Agravo de Petição em Embargos de Terceiros n.º 01281.2009.014.02.00-6.

Por isso rejeito o pedido da embargante, reconhecendo a sua responsabilidade integral pelos créditos em cobro.

RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS JUROS E DAS MULTAS MORATÓRIAS E PUNITIVAS DA SUCEDIDA

É inegável a responsabilidade da sucessora pelo pagamento dos *juros de mora* incidentes sobre a dívida, eis que, por representarem dívida de valor, integram o patrimônio jurídico-material da sucedida.

Quanto às *multas*, o tema já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, a hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão (Tese julgada pelo STJ pelo rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema 382 e Súmula n. 554/STJ). Assim, nada a dispor em distinto quanto à questão.

Por isso rejeito as alegações.

DISPOSITIVO

Pelo exposto julgo:

* **EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO** por perda superveniente do interesse de agir, quanto às inscrições n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto da Execução Fiscal n.º 0041242-46.2010.4.03.6182 e atribuo a responsabilidade pela sucumbência à exequente-embargada com base no princípio da causalidade.

* Arbitro os honorários em favor da embargante nos percentuais mínimos legais do montante atualizado do proveito econômico, tudo na forma do parágrafo 5º, do art. 85, do CPC de 2015, por se tratar de causa de processamento simples, sem dilação instrutória, com prova eminentemente documental e matéria predominantemente de Direito. No caso, por proveito econômico há de compreender o valor das inscrições excluídas;

* *PARCIALMENTE PROCEDENTES* os embargos à execução fiscal em relação à inscrição remanescente n.º 80.2.98.024311-10, *relativa à Execução Fiscal n.º 0045518-28.2007.403.6182*, com base no reconhecimento do pedido, para confirmar a redução da multa cobrada ao patamar de 20%, conforme já operado pela embargada (v. fls. 849).

Dada a ausência de resistência por parte da embargada, deixo de cominar-lhe sucumbência.

Considerada a sucumbência da embargante quanto aos demais pedidos, deixo de cominar-lhe sucumbência, tendo em vista a incidência do encargo legal, que lhe faz as vezes.

Traslade-se cópia para os autos do executivo fiscal. Oportunamente, remetem-se os autos ao arquivo; observadas as cautelas de estilo.

Publique-se e intime-se.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

0000007-34.2013.4.03.6105

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Réus: ANTERO PEREIRA DE SOUSA FRADINHO, JOSE ROBERTO DA COSTA, ALESSANDRO VERONA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP

Juiz Federal: FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

Disponibilização da Sentença: DJEN 01/06/2022

SENTENÇA

Trata-se de ação criminal promovida pelo *Ministério Público Federal* em desfavor de *Antero Pereira de Sousa Fradinho*, CPF nº 847.709.887-53, *José Roberto da Costa*, CPF nº 756.032.178-04 e *Alessandro Verona*, CPF nº 139.426.368-67, imputando-lhes fato previsto como crime no artigo 316, do Código Penal, em concurso de pessoas (art. 29, do CP).

Consta na denúncia, em síntese, o seguinte: a) dois motoristas de carreta (Fábio e Manoel) foram abordados no dia 21 de dezembro de 2012 pelo corréu José Roberto na Rodovia Fernão Dias, pouco depois do pedágio de Vargem/SP, no sentido Belo Horizonte, o qual, após analisar rapidamente as cargas transportadas e os documentos, determinou que eles fossem até o posto de combustíveis "Falcão" e lá o aguardassem; b) os motoristas Fábio e Manoel obedeceram à determinação de José Roberto e se dirigiram até o posto de combustíveis, onde aguardaram a chegada do policial rodoviário federal, o que ocorreu certo tempo depois, quando ele chegou na viatura da PRF com outro policial rodoviário federal; c) Fábio conversou com eles, sendo que José Roberto pediu a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para liberar as carretas, alegando que havia irregularidade no transporte e que teria que apreender os caminhões; d) o policial rodoviário federal que o acompanhava presenciou toda a conversa entre José Roberto e Fábio (posteriormente identificado como sendo Alessandro Verona); e) José Roberto reteve os documentos dos veículos e da carga e determinou que eles retornassem ao posto rodoviário federal de Vargem/SP, o que eles fizeram; f) de lá Fábio ligou para seu gerente e informou sobre o pedido de dinheiro para a liberação das carretas, sendo que ele negou a liberação do valor e pediu para negociarem um valor menor; g) após novas conversas restou acertado o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para a liberação das carretas, sendo 03 (três) no total, já que o motorista Alan havia ficado para trás, e foi abordado no posto rodoviário federal; h) Fábio ligou novamente para seu gerente, e ele orientou para que fosse retirar o valor em espécie, tirando fotocópias das cédulas sacadas; seu gerente disse que havia feito contato com a Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal em Brasília e que eles entrariam em contato para orientar sobre o que fazer; i) Fábio foi com Manoel e Alan até a cidade de Bragança Paulista para realizar o saque do valor acordado e tirar as fotocópias, guardando as cópias consigo; j) depois retornaram ao posto da polícia rodoviária federal para realizar a entrega do dinheiro, sendo que, quando chegaram lá, os dois PRF's com quem haviam conversado não estavam lá, mas apenas um terceiro policial rodoviário federal (Antero Pereira de Sousa), que disse

que sabia sobre o caso deles e que eles poderiam entregar o dinheiro para ele; k) Fábio entregou os R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para Antero, e reclamou que ia ficar sem o almoço, no que Antero lhe devolveu uma cédula de cinquenta reais do monte; l) Antero devolveu os documentos das carretas e das cargas, e Alan seguiu viagem, enquanto Fábio e Manoel foram até o posto de combustíveis “Falcão”, já orientados por policiais da corregedoria da PRF, que haviam ligado para Fábio; m) lá conversaram com policiais rodoviários federais (agentes Cruz, Otávio, Lascane e Thomaz), explicando o que havia ocorrido, inclusive, que já tinham pago o valor exigido para a liberação das carretas, entregando as fotocópias; n) os policiais da Corregedoria se dirigiram até o posto rodoviário federal de Vargem, onde encontraram os três réus na parte interna; o) informaram que seria feita uma inspeção no local e pessoal nos três, inclusive minuciosa, em local reservado, pedindo para que eles se desarmassem; p) enquanto alguns agentes realizavam inspeção minuciosa no policial rodoviário federal Verona ouviram gritos vindo da primeira sala, onde ficaram os réus José Roberto e Antero, de que havia cédulas voando pela parte de fora do posto, perto da janela; q) as cédulas foram recolhidas e foi realizado confronto entre os números de série com as fotocópias entregues pelo motorista Fábio, sendo que quase todas coincidiram; r) os três réus ficaram em silêncio, e foi dada voz de prisão a eles, sendo conduzidos até a Delegacia da Polícia Federal em Campinas.

O réu José Roberto da Costa também responde pela suposta prática de outro crime de concussão, tendo como vítima o motorista José Leitão Filho, o qual foi abordado por ele em fiscalização realizada no posto da polícia rodoviária federal de Vargem/SP, sendo que o caminhão por ele conduzido transportava, além da carga de cerâmica, uma mudança e um veículo, o que José Roberto teria dito ser irregular, cobrando a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para liberar o caminhão. José Leitão tentou negociar, e ofereceu R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para José Roberto, que não aceitou, tendo retido a documentação do caminhão e da carga transportada. Cerca de 30 (trinta minutos) depois, enquanto estava no caminhão aguardando o que iria acontecer com ele, foi abordado pelo agente Honorato, que lhe perguntou quanto pediram para liberar o caminhão, no que respondeu. Certo tempo depois o mesmo agente Honorato voltou, disse que estavam lhe roubando, que não tinha que pagar nada, e que tinha que ir até a Polícia Federal em Capinas para prestar depoimento, o que fez.

Anexada cópia do auto de prisão em flagrante delito (id nº 39352459) e do IPL (id's nºs 39352660 e 39352661).

A denúncia (fls. 03/08 do id nº 39351444) foi recebida no dia 07/03/2016, conforme fls. 09/10 do id nº 39351444.

Citados, os réus apresentaram respostas à acusação às fls. 48/50 (José Roberto, declarando-se inocente) e 60/70 (Antero e Alessandro), pugnando pela absolvição sumária e arrolando testemunhas.

Proferida decisão que recusou a absolvição sumária e manteve o recebimento da denúncia (fls. 05/06 do id nº 39351445).

Realizada audiência de instrução conforme termo de fls. 116/118 do id nº 39351445, homologando a desistência da oitiva da testemunha de acusação Nelson, com concordância expressa das defesas.

Realizada nova audiência de instrução conforme termo de fls. 130/131 do id nº 39351446, com oitiva de testemunhas arroladas pela defesa.

Designada nova audiência de instrução para oitiva das demais testemunhas arroladas pela defesa (fls. 15/16 do id nº 39352672), realizada conforme termo de fls. 164/165 do id nº 39352672.

Anexado ofício da Corregedoria da PRF dando conta da aplicação da pena de demissão e cancelamento da aposentadoria dos três réus no bojo de processo administrativo disciplinar (fls. 191/202 do id nº 39352672 e fls. 01/19 do id nº 39352673).

MPF requereu nova oitiva da testemunha de acusação José Leitão Filho (fl. 51 do id nº 39351447), tendo em vista a não localização da mídia de gravação, o que restou deferido pela decisão de fl. 56 do id nº 39351447.

Anexadas as mídias de gravação dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação:

- 1) Fábio Alexandre dos Santos: id nº 244025358;
- 2) Manoel Marcos dos Santos: id nº 57498489;
- 3) José Leitão Filho: id's nºs 243229925 e 243229932;
- 4) Antonio Carlos de Oliveira Cruz Júnior: id nº 57498489;
- 5) Otávio Camargo Foltran: id nº 57498492;
- 6) Alessandro Mauro Thomaz de Souza: id nº 57498489;
- 7) Waldir Santos Soares de Mello: id nº 57498489.

Anexadas as mídias de gravação dos depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa de Antero Pereira de Sousa Fradinho:

Edson Alves de Oliveira: id nº 57499736;
José Luiz Silveira Martins: id nº 57499738;
João Carlos Escalda Martins: id nº 57499737;
Ângelo Junqueira Guersoni: id nº 57499732;
Ana Carolina Paula Junqueira: id nº 57499744.

Anexadas as mídias de gravação dos depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa de Alessandro Verona:

Antonio de Thomaz Júnior: id nº 57499734;
Mário Pinheiro de Almeida: id nº 57499742;
José Pedro Fangiuli: id nº 57499740;
Alan Paulo da Silva: id nº 57499701.

Tomados os interrogatórios dos réus, conforme mídias anexadas:

- 1) Alessandro Verona: id nº 57500971;
- 2) Antero Pereira de Sousa Fradinho: id nº 57500977;
- 3) José Roberto da Costa: id nº 57500982.

Designada audiência para nova oitiva da testemunha de acusação José Leitão Filho (id nº 160379935), realizada conforme termo de id nº 243229571.

Em memoriais de id nº 244470223, o MPF requereu a condenação dos três

réus pela prática de um crime de concussão, além de condenação do corréu José Roberto pela prática de outro crime de concussão.

Em memoriais de id nº 245446896, os corréus Antero e Alessandro pugnaram pela absolvição de ambos em razão da ausência de prova da autoria e materialidade delitivas, além do que não houve qualquer exigência por parte dos réus; também ausência de comprovação de prejuízo financeiro pelas supostas vítimas.

Em memoriais de id nº 246989017 o corréu José Roberto pugnou pela sua absolvição, em razão da ausência de provas.

Feito o relatório, fundamento e decido.

Os réus foram acusados, na denúncia, pela prática de crimes de concussão, capitulados no artigo 316, do Código Penal, a conferir:

Art. 316 - *Exigir*, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Que fique claro desde já que se trata, inegavelmente, de crime meramente formal, pelo que basta a exigência de vantagem indevida pelo funcionário público (conceito amplo do artigo 327, do Código Penal) para a consumação do crime.

Absolutamente irrelevante, portanto, a obtenção da vantagem indevida para a consumação do crime, logo, sendo também absolutamente irrelevante a existência de prejuízo financeiro por parte da vítima, até mesmo porque não é o patrimônio o bem juridicamente tutelado pelo crime de concussão, mas a moralidade e probidade da Administração Pública.

Outrossim, resta evidente que o verbo “exigir” cobrado como ação para a tipificação do crime não significa que o funcionário público grite, ameace de forma expressa e com violência o particular.

Aliás, sequer se exige a prática de ato aberto e ostensivo por parte do funcionário público para a configuração do delito, sendo pacífico na doutrina pátria a possibilidade de caracterização do crime sob ameaça implícita, decorrente do próprio poder e das atribuições decorrentes da atividade pública do agente, a conferir:

“Essa exigência, segundo Hungria, pode ser ‘formulada *diretamente, a viso aberto ou facie ad faciem, sob a ameaça explícita ou implícita de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada expressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência.* Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: *basta o temor genérico que a autoridade inspira.*” (GRECO, Rogério; *Código Penal Comentado*, 4ª Edição; Editora Ímpetus, Niterói/RJ, 2010; pág. 834)

Ora, no presente caso, a envolver motoristas de carreta fiscalizados por policiais rodoviários federais, a retenção dos documentos e alegação de constatação de irregularidades que levariam à retenção dos veículos e das mercadorias é conduta

que inegavelmente configura o tipo penal, amoldando-se ao verbo “exigir” do artigo 316, do Código Penal, pois, configura pressão psicológica e constrangimento ao particular, lembrando que basta pequena pressão para a configuração do delito, conforme precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIME DE CONCUSSÃO (ART. 316 DO CP) IMPUTADO A SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, SOB A ALEGAÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SUPOSTAMENTE PARA EXIGIR VANTAGEM INDEVIDA DE NATUREZA PECUNIÁRIA DE PESSOA JURÍDICA COM A QUAL O ACUSADO MANTINHA VÍNCULO CONTRATUAL. PRELIMINARES AFASTADAS. ILÍCITO QUE SÓ SE CONFIGURA A TÍTULO DOLOSO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM QUE O RÉU TENHA AGIDO COM O DOLO DE EXIGIR VANTAGEM INDEVIDA. AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM RESPEITOSA DIVERGÊNCIA DO VOTO DO ILUSTRE MINISTRO RELATOR.

1. Trata-se de ação penal em que se pede a condenação de Subprocurador-Geral da República pela possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), em razão de ter supostamente exigido vantagem indevida de empresa com a qual mantinha, ao tempo dos fatos, vínculo contratual na condição de promitente comprador de unidade autônoma de empreendimento imobiliário.

2. Inexistindo fatos novos que pudessem justificar a modificação das conclusões já alcançadas, há preclusão dos questionamentos preliminares já analisados e rejeitados pela Corte Especial, em 3.6. 2015.

3. Não se verifica a nulidade processual postulada pela defesa, ao argumento de não estarem presentes os atos delegatários para que os Subprocuradores-Gerais tivessem atuado nas sessões de julgamentos e na audiência de instrução.

4. No Processo Penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, consoante o disposto no art. 564 do CPP e na Súmula 523 do STF. Ademais, a existência dos referidos atos de delegação interessa, tão somente, ao Ministério Público Federal, o que evidencia, na hipótese, a aplicação do art. 565 do CPP, segundo o qual, nenhuma das partes poderá arguir nulidade referente a formalidade cuja observância só a parte contrária tem interesse. Também incidem, na hipótese, as disposições do art. 566 do CPP, que afasta a declaração de nulidade do ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial, exatamente o que ocorre nesta específica situação.

5. À época dos fatos, o Réu integrava a 3a. Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, órgão ministerial cuja atribuição abrangia a análise de matérias diretamente relacionados ao objeto do procedimento administrativo, que havia sido instaurado para apuração de eventual prática de ato lesivo a consumidores. O acusado também fazia parte de Grupo Especial de Trabalho, criado pelo Ministério da Justiça, para o estabelecimento de parâmetros acerca da proteção do consumidor na celebração de contratos de compra e venda ou de promessa de compra e venda de imóveis junto às empresas, cooperativas, condomínios ou consórcios.

6. A tese da acusação, acerca da impossibilidade de prática de atos executórios por Subprocuradores da República, foi infirmada pelo depoimento da então Presidente da 3a. Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, que registrou não ser extraordinário, à época dos fatos, a condução de procedimento administrativo por Subprocurador integrante deste órgão (fls. 4.349). Depoimento que igualmente consignou não ser incomum que a condução dos trabalhos contasse com o apoio de membros do Ministério Público familiarizados com a matéria específica em análise, conforme é esta hipótese.

7. A procedência da acusação, com o reconhecimento da prática do crime de concussão, exige, necessariamente, a constatação do dolo do agente em pretender exigir algo que venha a se configurar como uma vantagem indevida.

8. *O núcleo da figura típica concussão está expresso no verbo exigir, traduzindo-se numa mínima ação coatora orientada a impor obrigação constrangedora ao sujeito passivo. Dessa forma, exigir algo consiste em produzir uma mínima pressão psicológica, uma coação no interlocutor, ainda que unicamente através de palavras, causando-lhe intimidação ou temor.*

9. Não se trata, portanto, de mera solicitação, sugestão ou pedido, mas um agir veemente, uma imposição, ordem, determinação, que transmita a idéia imperiosa emitida pelo agente público, no sentido de receber benefício ou proveito contrário ao Direito.

10. A conduta de exigir é algo sério, forte, rígido, que não se configura pelo simples ato de apresentar proposta de Termo de Ajustamento de Conduta.

11. Instrução probatória que não trouxe elementos que demonstrassem ter o acusado agido com o dolo de obter vantagem indevida, porquanto restrita a sua participação em um procedimento de interesse que se situe afim do próprio indivíduo.

12. Não deve o Juiz hesitar em decretar a absolvição quando os elementos constantes do processo não apontam com tranquila segurança a procedência da acusação, ou quando não for possível demonstrar os elementos de sua convicção, como ocorre, ao meu ver, no caso em exame.

13. Ação Penal julgada improcedente para absolver MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, em razão de o fato não constituir infração penal, em respeitosa divergência do voto do eminente Ministro Relator.

(APn n. 733/DF, relator Ministro Herman Benjamin, relator p/ o acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe de 1/3/2019.)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONCUSSÃO (ART. 316 DO CP). EXISTÊNCIA DE OUTRA FORMA DE RECEBIMENTO DOS VALORES DEVIDOS PELA PREFEITURA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TIPICIDADE DA CONDUTA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INVIABILIDADE.

1. Não há como apreciar a violação do artigo 316 do CP e a tese de que a conduta é atípica, uma vez que, "na tipificação do crime de concussão, em que o verbo-núcleo do tipo é exigir, indispensável que a imposição da vontade do funcionário público sobre o terceiro subtraia inteiramente a sua capacidade de resistência" (e-STJ fls. 5525) e, no presente caso, havia outra forma de recebimento do crédito por parte dos credores do município, sem ser a exigência de formalização de um contrato de arrendamento mercantil com a empresa de factoring pertencente a um dos recorrentes, notadamente a Execução contra a Fazenda Pública, prevista nos arts. 730 e 731 do CPC. Tal questão não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incidem ao caso as Súmulas 211 do STJ e 282 do STF.

2. *A prática do crime do art. 316 do CP ficou comprovada, uma vez que a conduta típica do crime de concussão consiste em exigir o agente vantagem indevida, abusando de sua autoridade pública como meio de coação, o que foi feito, ao se exigir das empresas envolvidas que recebessem valores inferiores ao devido*

pela Administração Municipal, por conta de serviços anteriormente prestados e, para que recebessem esse pagamento, eram obrigadas a realizar um contrato de fomento mercantil com a financeira Morart Factoring (vinculada à Freedom Fomento Mercantil), de propriedade do recorrente Luiz Feitosa, Secretário de Finanças da Prefeitura de Itapema à época.

3. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. No presente caso, as instâncias ordinárias não utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base em razão da culpabilidade, uma vez que ficou demonstrado o maior grau de censura da conduta do acusado que, sendo o Chefe do Executivo Municipal, responsável por todo o regular funcionamento da administração, premeditou todo um esquema de corrupção, extorquindo os credores do município com abuso de autoridade e exigindo que estes recebessem menos do que lhes era devido, utilizando-se de uma empresa de factoring para promover os desvios de dinheiro, a fim de simular uma suposta legalidade às operações financeiras, fato que, sem dúvida, torna a reprovabilidade da conduta delitiva ainda maior.

4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, “quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal” (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 25/06/2012).

5. Agravo regimental não provido.

(AgInt no REsp n. 1.566.371/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 1/8/2016.)

Não se olvide, ademais, que se trata de crime praticado, no mais das vezes, à sorrelfa, de forma sorrateira, verbalmente, pelo que a prova oral é de enorme relevo para a configuração do delito, não cabendo a exigência de prova material para a configuração do delito.

Neste exato sentido, confira-se precedente erigido em sede do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. CONDENAÇÃO. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO E REPRODUZIDOS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, não se mostra admissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. *In casu*, verifica-se que a condenação baseou-se em elementos de informação colhidos no curso do inquérito, consistente em prova testemunhal, que foi devidamente reproduzida em juízo, não havendo se falar em nulidade da sentença.

2. Alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias e decidir pela absolvição do agravante demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo

fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

4. Em relação à culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, verifica-se que a fundamentação da decisão que majorou a pena-base é idônea.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.773.536/AM, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 17/8/2021.)

Há que se analisar, agora, se o suporte probatório produzido em juízo é suficiente para um decreto de condenação.

Comprovada a materialidade do fato, pois, mesmo que não exigida a efetivação da vantagem financeira indevida, houve a entrega efetiva de numerário aos réus, em cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais), em um total inicial de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), com a devolução de uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para o motorista Fábio, conforme confrontação entre as cédulas recuperadas na parte externa do posto rodoviário federal de Vargem/SP e as fotocópias entregues pelo motorista Fábio (fls. 51/57 e 59/65 do id nº 39352660).

Comprovado, portanto, o efetivo pagamento da quantia total de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) pelo motorista Fábio para a liberação das três carretas, o que efetivamente aconteceu.

Também a autoria restou devidamente comprovada no presente caso.

Especificamente no tocante ao *primeiro crime de concussão, praticado pelos três réus em face dos três motoristas das carretas da empresa do Recife/PE (Fábio, Manoel e Alan)*, verifico que os depoimentos prestados pelos três motoristas (id's nºs 244025358, 57498489 e 57499701) foram coesos, coerentes, pormenorizados, com detalhes que impedem qualquer conclusão no sentido de que se trataria de versão fantasiosa ou inventada.

Com efeito. As três narrativas convergem de forma total e absoluta no sentido da realização de abordagem por parte de policial rodoviário federal na própria Rodovia Fernão Dias, sentido Belo Horizonte, pouco depois do pedágio de Vargem/SP, tendo como alvo os motoristas Fábio e Manoel.

Na abordagem, o policial rodoviário federal identificado como sendo de média estatura, magro, moreno e de óculos – *exatamente a descrição do corréu José Roberto* – pediu os documentos das carretas e da carga transportada, informando irregularidades e determinando que dirigissem até o posto de combustíveis “Falcão”, onde deveriam aguardá-lo.

Já a terceira carreta, dirigida por Alan, estava atrás, tendo se perdido de Fábio e Manoel.

Um tempo depois José Roberto chegou no posto com a viatura da PRF, sendo que o corréu Alessandro Verona estava com ele – agente claro, fortinho,

exatamente a descrição do corréu – e presenciou toda a negociação de valores para a liberação das carretas e mercadorias, caso contrário ficariam apreendidas, conforme deixou claro José Roberto.

Enquanto os documentos ficaram retidos com José Roberto, Fábio e Manoel foram até o posto da polícia rodoviária federal de Vargem/SP, onde encontraram Alan, que também foi abordado por José Roberto.

As negociações continuaram, sendo que Fábio ligou para seu gerente e informou a quantia inicialmente exigida para a liberação das carretas (R\$ 3.000,00), sendo que não foi liberada a quantia, tendo sido orientado a negociar o valor, chegando-se, finalmente, à quantia de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para a liberação das carretas.

Fábio ligou novamente para seu gerente, tendo sido orientado a sacar a quantia em espécie, tirando fotocópias das cédulas, tendo sido informado que a Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal havia sido acionada e entraria em contato com ele.

Fábio se deslocou com Manoel e Alan até a cidade de Bragança Paulista, onde sacou as cédulas e tirou as fotocópias.

Depois, retornaram ao posto rodoviário federal de Vargem, onde Fábio entregou a quantia para um terceiro policial rodoviário federal (corrêu Antero), que estava sozinho no posto, uma vez que José Roberto e Alessandro haviam saído para atender uma ocorrência.

Apesar de estar sozinho, tal policial disse que sabia do que se tratava e que receberia o dinheiro, tendo devolvido os documentos das carretas e das cargas transportadas. Neste momento, Fábio reclamou que ficaria sem almoço e Antero devolveu-lhe uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais), localizada com Fábio pelos policiais da corregedoria posteriormente, cujo número e série batia com uma das fotocópias tiradas e entregues.

Neste momento, e já de posse dos documentos, devolvidos por Antero, Fábio recebeu a ligação de um policial rodoviário federal da Corregedoria e foi orientado a ir até o posto “Falcão”, onde se encontrou, juntamente com Manoel, com policiais da corregedoria da PRF, onde contou todo o ocorrido, mostrou a cédula devolvida e entregou as fotocópias das cédulas sacadas e entregues a Antero.

Quanto a Alan, seguiu viagem regularmente.

Os fatos afirmados pelos motoristas das carretas restaram corroborados de forma integral e fidedigna pelos policiais rodoviários federais ouvidos (agentes Cruz, Thomaz e Antonio, depoimentos de id’s nºs 57498489 e 57498492), os quais foram acionados pelo inspetor Waldir (corregedoria em Brasília) por volta do meio dia informando que havia recebido uma denúncia de uma empresa do Recife de que policiais rodoviários federais estariam exigindo quantia em dinheiro para liberar três carretas em Vargem/SP (id nº 57498489), e que deveriam se deslocar até Vargem para conversar com os motoristas em um posto de gasolina (posto “Falcão”) e depois apurar o ocorrido no posto de Vargem/SP.

Foram de carro até o posto “Falcão” e conversaram com os motoristas Fábio e Manoel, sendo que Fábio informou ter sido abordado por um policial rodoviário federal (José Roberto) e ter sido orientado a se dirigir até aquele posto, onde

se encontrou novamente com o mesmo agente e seu companheiro de viatura (Alessandro), quando foi informado de irregularidades nas carretas e nas cargas transportadas e do valor que deveria pagar para que fossem liberadas.

Souberam informar precisamente as irregularidades informadas – carga divisível transportada, mas indivisível na autorização, placa de advertência e excesso de carga – e receberam as fotocópias das cédulas entregues por Fábio, tendo conhecimento, inclusive, de que o valor já teria sido pago e que o policial que recebeu o valor devolveu R\$ 50,00 (cinquenta) reais.

Depois de terem sido informados dos fatos pelos motoristas Fábio e Manoel, dirigiram-se ao posto rodoviário federal em Vargem/SP, onde encontraram os três réus na parte interna do posto, trabalhando.

O policial Cruz, que chefiava a missão, informou que seria realizada uma vistoria no posto, bem como nos três réus, *únicos de serviço no dia*, sendo que escolheram primeiro Alessandro Verona para passar pela inspeção minuciosa, no que foi levado até uma sala interna, enquanto os outros dois réus ficaram na sala de entrada do posto, na qual existe uma janela que dá para a parte externa.

O policial Cruz estava na sala interna realizando a inspeção minuciosa em Verona e o policial Otávio ficou com os outros dois réus, na sala de entrada do posto.

Em seu depoimento, Otávio foi categórico em afirmar que José Roberto saiu algumas vezes de onde estava sentado, perto da janela da sala, e foi até seu computador, em atitude suspeita, bem como que o policial Thomaz ligou para saber o que estava acontecendo, já que ficou no posto “Falcão” com os dois motoristas, o que foi devidamente corroborado pelos motoristas e pelo próprio Thomaz nos depoimentos prestados.

Neste exato momento da ligação, Otávio saiu com um pé para a parte de fora da sala, exatamente para poder conversar com Thomaz, momento no qual viu cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) voando da janela para a parte de fora do posto.

Ora, evidente que aquele que detinha a posse das cédulas aproveitou o momento de distração e se desvencilhou das mesmas, exatamente para não ser surpreendido com elas no momento da inspeção minuciosa.

Ademais, o confronto realizado entre as cédulas arrecadadas na parte de fora do posto, perto da janela, e as fotocópias tiradas pelo motorista Fábio e entregue aos policiais da Corregedoria, demonstrou que a esmagadora maioria das cédulas arremessadas coincidia, a evidenciar que houve efetivamente a entrega do numerário para um dos policiais rodoviários federais.

O contexto e dinâmica dos fatos narrados nos depoimentos, ademais, contra total coerência e conformidade com o desenrolar do tempo, iniciando-se com a abordagem realizada, ainda no período da manhã, passando pelo contato realizado com a Corregedoria no horário do almoço, acionamento das equipes e deslocamento até o local dos fatos, enquanto os motoristas e os policiais fechavam o valor da vantagem indevida a ser paga e se deslocavam até a cidade de Bragança Paulista para sacar a quantia e realizar as fotocópias.

Posteriormente, o encontro entre os policiais da Corregedoria e os motoristas, e posterior abordagem da Corregedoria junto aos réus no posto de Vargem, realizada por volta das 15 (quinze) horas.

Os detalhes informados por cada qual também indicam forte verossimilhança e realismo nos fatos narrados nos depoimentos, lembrando que os motoristas eram completos desconhecidos dos policiais da Corregedoria.

Já as testemunhas arroladas pelas defesas não participaram dos fatos narrados na denúncia, tratando-se basicamente de testemunhas de antecedentes, o que possui relevo apenas em eventual dosimetria da pena.

As alegações de falsa denúncia pelos motoristas e de eventual “complô” contra os réus são fantasiosas e não possuem qualquer arrimo nas provas produzidas ao longo da instrução, ao contrário dos fatos narrados pelas testemunhas de acusação, suportados em provas materiais.

Aliás, os policiais rodoviários federais ouvidos como testemunhas de defesa (Edson, José Luiz, João Carlos, Antonio, Mário e José Pedro), não obstante tenham insinuado a existência de irregularidades na abordagem realizada pela Corregedoria, informaram como procedimento padrão exatamente aquele observado no presente caso, de informação prévia de realização de inspeção no posto e nos agentes, inclusive, minuciosa em sala reservada.

A chefia imediata dos três réus, José Luiz Silveira Martins, informou em seu depoimento de id nº 57499738 que foi informado da inspeção pela corregedoria via telefone, e que no dia estava realizando um curso em Cachoeira Paulista.

Logo, não há prova de qualquer irregularidade no procedimento adotado pela Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal.

Também o depoimento prestado pelo motorista Alan, longe de corroborar eventual tese defensiva, corrobora os fatos contidos na denúncia, no sentido de que a empresa pagava propina a policiais rodoviários – exatamente o que aconteceu no presente caso.

Ademais, não é a conduta da empresa que é investigada e objeto desta ação penal, mas a conduta dos agentes policiais rodoviários federais, que exigiram quantia para liberar as carretas e as mercadorias transportadas.

Chama a atenção, outrossim, que os três réus fizeram questão de frisar, em seus interrogatórios, que um dos agentes policiais rodoviários federais que faziam a abordagem teria picado papel e jogado na direção da janela, sendo que teria retornado.

Trata-se de fato afirmado pelos réus, porém, sem qualquer outro suporte probatório, além do que as defesas não indagaram previamente as testemunhas que participaram da abordagem acerca de tal fato, o que é de se estranhar, evidenciando intuito de tentar tumultuar.

De qualquer sorte, nenhum dos réus sequer se deu ao trabalho de tentar explicar o incrível e fantástico voo das cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta) reais, ocorrido pela janela na qual estavam próximos, sendo certo que não havia ninguém na parte de fora do posto rodoviário federal, e que sequer os motoristas das carretas Fábio e Manoel estavam no local.

Tenho, assim, que todo o contexto probatório, notadamente a coerência, coesão e nível de detalhes dos dados trazidos pelas testemunhas de acusação ouvidas, leva à confirmação da prática da concussão pelos três réus desta ação penal.

De forma expressa e clara por parte do corréu José Roberto, que efetivamente fez a exigência indevida e efetivamente informou que as carretas seriam apreendidas em caso de não pagamento da vantagem indevida, tendo negociado o valor com o motorista Fábio e retido os documentos dos veículos e das mercadorias transportadas.

E com a *clara e manifesta aderência por parte dos corréus Alessandro e Antero*, aquele por estar efetivamente presente em parte das negociações realizadas, ouvindo de José Roberto as tratativas e pedido de vantagem financeira indevida para liberação das carretas, e este por ter efetivamente recebido o valor negociado, inclusive, devolvendo uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta) reais para Fábio.

Aplica-se, no tocante aos corréus Alessandro e Antero, o prescrito pelo artigo 29, do Código Penal, segundo o qual *“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”*.

Na verdade, o que ocorreu é que o corréu José Roberto aproveitou o fato de estar sozinho em serviço de patrulhamento na Rodovia Fernão Dias e, aproveitando a oportunidade surgida, qual seja, a existência de três carretas de uma mesma empresa transportando carga de forma irregular, fez o pedido de vantagem indevida.

Posteriormente, os corréus Alessandro e Antero foram informados por José Roberto da oportunidade surgida de ganhar um dinheiro fácil, e aderiram de forma expressa e efetiva à prática criminosa, atuando em conjunto.

Ao cabo de contas, tentaram se aproveitar do fato de estarem sozinhos em serviço no posto policial rodoviário federal de Vargem/SP, sem qualquer controle, para obter um ganho fácil, o qual restou baldado.

Condeno, assim, os três réus pela prática, em concurso de agentes, de um crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal.

Mas não é só. Também tenho por *comprovada a materialidade e autoria criminosas, agora unicamente por parte do corréu José Roberto da Costa, no tocante ao crime de concussão praticado em face do motorista de caminhão Sr. José Leitão Filho*.

Com efeito. O depoimento prestado pelo Sr. José Leitão Filho foi cabal, coeso e pormenorizado, dando conta de que foi parado pelo corréu José Roberto da Costa, que lhe parou no posto rodoviário federal de Vargem/SP, pelo horário do almoço.

José Roberto pediu a documentação do caminhão e da carga transportada, sendo que informou a José Leitão que não poderia estar transportando o automóvel em cima do caminhão, e que teria que pagar R\$ 400,00 (quatrocentos) reais para que pudesse seguir viagem, caso contrário o caminhão seria apreendido.

José Leitão ainda tentou negociar e disse que só tinha condições e pagar R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais, o que não foi aceito por José Roberto.

Enquanto aguardava o que ia acontecer, dentro do caminhão, cerca de 30 (trinta) minutos depois apareceram agentes da polícia rodoviária federal, sendo que o agente Honorato foi ao seu encontro e perguntou o que tinha acontecido.

Os fatos foram devidamente corroborados pelos policiais rodoviários federais Cruz, Otávio e Thomaz, que viram o caminhão de José Leitão parado no posto

rodoviário federal de Vargem/SP, bem como localizaram os documentos do caminhão e da carga transportada em uma mesa ao lado do talão de multas do corréu José Roberto da Costa.

A riqueza de detalhes, o reconhecimento do corréu José Roberto pelo motorista José Leitão, e a coerência entre os depoimentos prestados pelo motorista e os policiais rodoviários federais da corregedoria evidenciam trata-se de fatos verdadeiros, que efetivamente ocorreram.

Por outro lado, o corréu José Roberto não trouxe qualquer fato crível para opor aos depoimentos prestados pelas testemunhas, limitando-se a negar o pedido de vantagem indevida, não obstante tenha reconhecido ter realizado a abordagem e iniciado a fiscalização do caminhão e da carga transportada por José Leitão.

Condeno, assim, o corréu José Roberto da Costa pela prática, sozinho, de um segundo crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena, onde serão analisadas questões atinentes a eventuais agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição da pena.

DOSIMETRIA DA PENA

DO CRIME DE CONCUSSÃO PRATICADO PELOS TRÊS RÉUS EM FACE DOS MOTORISTAS DA EMPRESA DE TRANSPORTE DE CARGAS DO RECIFE/PE FÁBIO, MANOEL E ALAN:

CORRÉU ANTERO PEREIRA DE SOUSA FRADINHO:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu Antero não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o corréu responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

Não obstante as *circunstâncias* e *consequências* do crime sejam mais elevadas do que o normal, envolvem comportamento premeditado e elaborado de organização e método na consecução da pressão psicológica sobre os motoristas das carretas praticado unicamente pelo corréu José Roberto, sendo que Alessandro e Antero limitaram-se a aderir ao comportamento criminoso do colega de serviço, não cabendo exasperação da pena com relação aos dois últimos.

Fixo, assim, a pena, nesta primeira fase de dosimetria no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em *02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 14 mil reais), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

2. CORRÉU ALESSANDRO VERONA:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu Alessandro não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o corréu responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

Não obstante as *circunstâncias e consequências* do crime sejam mais elevadas do que o normal, envolvem comportamento premeditado e elaborado de organização e método na consecução da pressão psicológica sobre os motoristas das carretas praticado unicamente pelo corréu José Roberto, sendo que Alessandro e Antero limitaram-se a aderir ao comportamento criminoso do colega de serviço, não cabendo exasperação da pena com relação aos dois últimos.

Fixo, assim, a pena, nesta primeira fase de dosimetria no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em *02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 14 mil reais), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo

da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

3. CORRÉU JOSÉ ROBERTO DA COSTA:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu José Roberto não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o corréu responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

Já as *circunstâncias* e *consequências* do crime foram mais elevadas do que o normal em razão de comportamento premeditado e elaborado de organização e método na consecução da pressão psicológica sobre os motoristas das carretas praticado unicamente pelo corréu José Roberto.

Assim, em relação a ele, mentor e responsável pela exigência da vantagem indevida feita, majoro a pena base em 1/6 (um sexto), fixando-a em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias multa.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 15 mil reais de aposentadoria), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

DO CRIME DE CONCUSSÃO PRATICADO UNICAMENTE PELO CORRÉU JOSÉ ROBERTO DA COSTA EM FACE DO MOTORISTA JOSÉ LEITÃO FILHO:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu José Roberto não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o réu José Roberto responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

As *circunstâncias e consequências* do crime no tocante a este fato específico não são mais gravosas a ensejar majoração da pena, pois, neste caso, houve uma fiscalização de rotina, realizada no próprio posto policial rodoviário, sendo que o pedido de vantagem indevida foi realizado de imediato, sem rodeios ou necessidade de grandes deslocamentos, não havendo toda uma trama de pressão psicológica por trás da conduta criminosa praticada.

Fixo, assim, a pena, nesta primeira fase de dosimetria no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em *02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 15 mil reais de aposentadoria), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

IV - DISPOSITIVO

Pelo exposto, *JULGO PROCEDENTES* os pedidos formulados na denúncia para *CONDENAR*:

1) o *corrêu ANTERO PEREIRA DE SOUSA FRADINHO*, CPF nº 847.709.887-53, qualificado nos autos, pela prática de um crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal, sujeitando-o a um total de *02 (dois) anos de reclusão*.

Fixo a pena de multa em *10 (dez) dias-multa*; cada um no montante de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, diante da situação econômica do réu, devendo o valor apurado ser corrigido a partir da presente data, nos moldes do art. 49, §§1º e 2º, c.c. o art. 60, "caput", do Código Penal.

Presentes os requisitos autorizadores do artigo 44, do Código Penal, *substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito*, a conferir: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

2) o *corrêu ALESSANDRO VERONA*, CPF nº 139.426.368-67, qualificado nos autos, pela prática de um crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal, sujeitando-o a um total de *02 (dois) anos de reclusão*.

Fixo a pena de multa em *10 (dez) dias-multa*; cada um no montante de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, diante da situação econômica do réu, devendo o valor apurado ser corrigido a partir da presente data, nos moldes do art. 49, §§1º e 2º, c.c. o art. 60, "caput", do Código Penal.

Presentes os requisitos autorizadores do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a conferir: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

3) o *corrêu JOSÉ ROBERTO DA COSTA, CPF nº 756.032.178-04*, qualificado nos autos, pela prática de dois crimes de concussão, tipificados no artigo 316, do Código Penal, em concurso material (art. 69, do CP), sujeitando-o a uma pena total somada de *04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*.

Fixo a pena de multa em *22 (vinte e dois) dias-multa*; cada um no montante de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, diante da situação econômica do réu, devendo o valor apurado ser corrigido a partir da presente data, nos moldes do art. 49, §§1º e 2º, c.c. o art. 60, "caput", do Código Penal.

Não obstante a pena total somada seja superior a 04 (quatro) anos de reclusão, aplico a regra do artigo 44, §5º, do Código Penal e substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos em face de cada crime, a conferir: i) total de duas prestações de serviços à comunidade, sucessivas, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) total de duas prestações pecuniárias, cada qual fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

Os réus responderão pelas custas processuais, consoante o disposto no art. 804 do CPP.

Com o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao SEDI para mudança da situação processual dos réus (condenados).

Poderão os réus recorrer em liberdade.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Sentença registrada eletronicamente.

Bragança Paulista, 24 de maio de 2022.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

0009789-49.2015.4.03.6120

Autora: COMPANHIA DE PESQUISA DE RECURSOS MINERAIS - CPRM
Réu: MARCO AURELIO DA SILVA CARVALHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: JUIZ FEDERAL MÁRCIO CRISTIANO ÉBERT
Disponibilização da Sentença: DJEN 17/02/2022

SENTENÇA

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação movida pela Companhia de Pesquisas de Recursos Minerais — CPRM contra Marco Aurélio da Silva Carvalho, por meio da qual a autora pretende que se imponha ao réu obrigação de fazer, consistente na retirada de postagens feitas pelo requerido em sua página no Facebook e no blog <http://cprmente.webnode.com/> relacionadas à empresa pública autora, seus funcionários e dirigentes. Pede também a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100 mil.

A inicial¹ narra que o requerido é ex-funcionário da CPRM, tendo sido exonerado em setembro de 2013. Contudo, *"... por não se conformar com a exoneração, a partir de então, passou a direcionar suas frustrações e insatisfações contra a Requerente, seu corpo diretivo e funcionários, por meio de ataques infundados, levianos e desprovidos de seriedade, (...)".* O réu encaminhou denúncias à ouvidoria da autora, e apesar dos esclarecimentos feitos pelo órgão, seguiu na campanha de difamação à CPRM, e passou a enviar e-mails para os funcionários da autora, instando-os a visitar o blog e sua página no Facebook. Na tentativa de pôr fim à campanha, a autora notificou o requerido, mas este não revogou as postagens que a demandante reputa ofensivas. A empresa sustenta que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, não pode servir de justificativa para autorizar campanhas difamatórias como a promovida pelo requerido. Em sede de tutela antecipada requereu que o réu fosse obrigado a deletar as postagens ofensivas à integridade moral da empresa pública.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido².

Em contestação³ o réu alegou que é profissional dedicado ao ramo da geologia e tem enorme respeito pela CPRM, empresa cuja história ajudou a construir durante os mais de dez anos em que ali trabalhou. No entanto, é justamente pelo respeito à instituição que não pode ficar inerte diante de várias irregularidades que presenciou durante o tempo em que manteve vínculo com a empresa. Tais irregularidades foram denunciadas aos órgãos internos de apuração bem antes de sua exoneração e só foram divulgadas de forma ostensiva depois que se convenceu que a direção da CPRM nada faria para solucionar os problemas.

1 Num. 24731391 a partir da p. 4.

2 Num. 24731391 a partir da p. 102.

3 Num. 24731391 a partir da p. 119.

Reafirmou a veracidade das irregularidades que denuncia, como (i) a ausência de alvarás da Prefeitura e do Corpo de Bombeiros para a ocupação e funcionamento do atual prédio da litoteca de Araraquara, (ii) a venda ilegal de equipamentos que estavam depositados em imóvel onde funcionaram as instalações de uma usina de chumbo do Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, em Apiaí; o imóvel foi cedido em comodato ao CPRM, sendo que um dos funcionários da empresa vendeu os equipamentos como sucata, depositando os recursos auferidos com a alienação diretamente na sua conta pessoal; (iii) a contratação e pagamento irregular de funcionários para trabalhar na litoteca de Araraquara; a irregularidade na contratação decorre da falta de preparo técnico desses funcionários, o que acarretou perda de parte do acervo de testemunhos de sondagem da unidade, bem como na formalização de vínculo com uma funcionária fantasma; já a irregularidade no pagamento resulta da obrigação imposta a alguns trabalhadores de devolver parte de seus salários para uma funcionária de uma empresa terceirizada.

No curso da instrução foi realizado o interrogatório do réu e foram inquiridas oito testemunhas. Também foram encartadas respostas a ofícios, cópias de inquéritos policiais e outros documentos apresentados pelas partes.

Em alegações finais a autora⁴ defendeu que as provas são contundentes no sentido de que as denúncias propaladas pelo réu não se sustentam.

Por sua vez, o requerido⁵ reforçou a alegação de que as críticas que publicou foram feitas no contexto da liberdade de expressão. As postagens só refletiam sua opinião quanto aos fatos que vivenciou no tempo em que foi funcionário da CPRM. Além disso, as provas colhidas na instrução não infirmaram as irregularidades apontadas pelo autor.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O ponto de partida para a solução da causa consiste em avaliar a veracidade das irregularidades denunciadas pelo réu por meio da página <http://cprmente.webnode.com/>. Esse foi o foco da instrução, em cujo curso foram apresentados diversos documentos, inquiridas oito testemunhas⁶ (além do interrogatório do réu) e solicitados esclarecimentos à CETESB, à Prefeitura de Araraquara e ao Corpo de Bombeiros. Paralelamente à instrução desta ação, tramitou um inquérito policial instaurado para apurar indícios de malversação de recursos públicos referentes à contratação e pagamento de trabalhadores temporários da litoteca de Araraquara.

Sopesando todos os elementos colhidos, a conclusão é que em relação a alguns fatos não é possível dizer se as ilações do réu procedem, embora também não se possa descartá-las. Quanto a outros, ficou claro que à época das postagens as denúncias se sustentavam, mas as irregularidades acabaram sendo corrigidas pela CPRM. Há ainda um terceiro grupo de fatos em que formalmente foi descartada a existência de infração penal ou administrativa, mas cujas peculiaridades não tornam essas ocorrências refratárias a críticas.

4 Num. 46060089.

5 Num. 52548549.

6 Transcrição livre dos depoimentos em anexo.

Grosso modo, as denúncias do autor podem ser divididas em três segmentos, que serão analisados de forma individualizada.

O primeiro trata das condições de funcionamento do atual prédio da litoteca de Araraquara, que resulta de profunda ampliação e reforma concluídas em 2011. Em suas postagens o réu apontou que o prédio não conta com o Alvará de Localização e Funcionamento emitido pela Prefeitura. A postagem "*Verdades e Mentiras II*" esclarece que a Prefeitura emitira autorização referente ao prédio antigo, mas que essa autorização teria perdido a validade, já que a lei determina que a modificação da planta exige a expedição de nova licença. Diz também que o imóvel não possui o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros e que sequer apresenta condições para a vistoria, pois o prédio não possui sistema de prevenção e combate a incêndio, sequer tinha extintores disponíveis.

As informações prestadas pela Prefeitura⁷ esclareceram que a unidade local da CPRM contava com um Alvará de Licença e Localização emitido a título precário em 1997. Apesar da precariedade, a licença não tinha prazo de validade, de modo que deveria ser renovada apenas se houvesse alterações no panorama que ensejou a emissão do documento, por exemplo, no caso de ampliação do prédio ou modificação da atividade desenvolvida no local. Em agosto de 2018 o alvará foi renovado, de modo que atualmente a situação do prédio está regular junto à Prefeitura.

No entanto, embora a situação atual do prédio seja regular, na época das postagens o quadro era outro. A ampliação do prédio finalizada em 2012 só foi regularizada junto à Prefeitura em 2018. O fato de o alvará expedido em 1997 não ter data de validade não desobrigava a CPRM de atualizar a licença em razão das obras de ampliação.

Por aí se vê que em relação a esse ponto as postagens do réu correspondiam à realidade dos fatos, pois naquele momento a situação do prédio era, de fato, irregular.

O mesmo se passa em relação ao Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros. Em 2016 o Corpo de Bombeiros informou⁸ que até aquele momento o prédio da litoteca não possuía o auto de vistoria da corporação. Nova manifestação⁹ do Corpo de Bombeiros, de maio de 2018, informa que em fevereiro daquele ano foi expedido o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, com validade até fevereiro de 2021.

Nota-se, portanto, que na época das postagens o prédio realmente não contava com o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, de modo que nesse ponto as críticas do réu tinham embasamento.

O réu também deu a entender que a litoteca de Araraquara não estava regular frente à CETESB. As informações do órgão¹⁰ dão conta de que em junho de 2013 a empresa obteve o Certificado de Dispensa de Licença. Contudo, o réu sugere que a licença teria sido expedida de forma irregular, uma vez que teria sido omi-

7 Num. 24730727 a partir da p. 16.

8 Num. 24731391 p. 18.

9 Num. 24730727 p. 15.

10 Num. 24730727 a partir da p. 152

tido do órgão ambiental que no prédio eram realizadas atividade de preparação de amostras geológicas que deixavam resíduos nocivos ao meio-ambiente. Esse impasse também acabou superado durante a instrução, pois em 2018 a CETESB realizou inspeção técnica no local, constatando que as atividades envolvendo a preparação de amostras não oferecem risco ao meio-ambiente, uma vez que o principal resíduo contaminante (carbeto de silício) é armazenado, tratado e dispensado segundo as boas técnicas de gestão ambiental.

Porém, mesmo em relação a esse ponto as postagens do autor não ultrapassam a fronteira que separa o direito à crítica da ofensa desarrazoada. A uma porque ao que parece a dispensa de licença da CETESB foi conferida sem que tivesse sido informado ao órgão que no local se realizava atividades de corte e lapidação de rochas, pois não haveria sentido em emitir a dispensa de licença em 2013 e só fiscalizar o grau de risco da atividade cinco anos depois — ou seja, a CETESB só se assegurou que a atividade não oferecia riscos depois de informada de sua prática.

E a duas porque o licenciamento ambiental é o tipo de atividade que é executada por um corpo técnico, mas que acaba sendo avaliada por toda a sociedade, seja por grupos tão qualificados como os que decidem a questão, seja pelo animado time dos leigos que se veem como especialistas no assunto da vez. Licencia-se a construção de uma hidrelétrica e surgem protestos, abaixo-assinados e um cata-tau de artigos desancando o órgão ambiental que autorizou a obra; interdita-se o estabelecimento de uma planta industrial e esses mesmos recursos são lançados contra o órgão ambiental que quer travar o progresso.

O segundo conjunto de críticas focaliza fato ocorrido nos idos de 2004. Em seu blog o réu afirma que a CPRM recebeu em comodato um imóvel em Apiaí/SP para a instalação do Centro Integrado de Estudos Multidisciplinares, onde antes funcionava uma antiga usina de beneficiamento de chumbo. No local havia expressivo volume de equipamentos abandonados há vários anos. Ainda de acordo com as postagens do réu, o material foi vendido como sucata pelo geólogo Luiz Antônio Chieregati, funcionário da CPRM. O réu alega que o material tinha relevante valor histórico, de modo que não poderia ter sido alienado. E ainda que fosse o caso, a venda deveria ter se dado por licitação pública, e não com a sem-cerimônia que norteou o negócio. Como se isso não fosse suficiente, os recursos obtidos com a venda foram depositados na conta do geólogo Luiz Antônio Chieregati, não havendo transparência sobre a destinação desses recursos.

Em linhas gerais esses fatos acabaram confirmados. Ouvidos em juízo, o geólogo Luiz Antônio Chieregati e Emilson Couras da Silva, na época Prefeito de Apiaí, confirmaram que a maior parte do material realmente foi vendida a um sucateiro, sem licitação, bem como que os recursos foram depositados na conta do funcionário da CPRM. No entanto, embora a venda do material tenha se dado de forma inusual, à margem das regras básicas que devem ser observadas na alienação de bens públicos, não há indícios seguros de que entre o material alienado havia peças de relevante valor histórico, que os bens tenham sido vendidos a preço irrisório ou que o geólogo Luiz Antônio Chieregati tenha se apropriado dos recursos auferidos com a operação.

A prova produzida em juízo aponta que os bens foram vendidos após consultas informais ao Instituto de Pesquisas Tecnológicas, órgão que seria o proprietário

de direito dos bens, e ao Município de Apiaí, sendo que em ambos os casos as autoridades consultadas não manifestaram interesse nos bens. Além disso, antes da venda houve uma seleção dos equipamentos que denotavam evidente interesse histórico, acervo que foi excluído da operação. A suspeita de dano ao patrimônio histórico foi objeto de inquérito policial, mas não há notícia de que a investigação tenha resultado na responsabilização de algum dos agentes envolvidos no negócio.

O próprio geólogo Luiz Antônio Chieregati admitiu em juízo que trocou os pés pelas mãos na condução dessa questão. Disse que a retirada do material era indispensável para as obras de reforma no imóvel e que fez a venda direta porque achou essa a solução mais simples e que não oferecia prejuízo a quem quer que fosse. Arrepende-se especialmente da solução de ter depositado em sua conta os valores auferidos com a venda, mas assim procedeu porque contabilmente não havia como encaminhar o dinheiro para a CPRM. Afirmou que acionou a Superintendência de São Paulo em busca de orientações, sendo que teria partido de lá a sugestão de que o dinheiro fosse depositado em sua conta e utilizado nas melhorias do prédio, e assim foi feito. Assegurou que todo o dinheiro auferido com a venda foi aplicado em melhorias da unidade da CPRM em Apiaí.

Tudo bem pesado e medido, conclui-se que as intenções do geólogo Luiz Antônio Chieregati eram boas, mas a forma de execução foi péssima, abrindo ensejo para todo tipo de suposição. O quadro só não é mais grave porque as apurações feitas na via administrativa e policial não concluíram a ocorrência de dilapidação do patrimônio público, sequer na perspectiva do interesse histórico do material vendido, tampouco foi constatado o locupletamento do agente da CPRM que tomou a frente do negócio.

Como se vê, em linhas gerais a venda dos bens da unidade da CPRM de Apiaí corresponde à versão apresentada na página mantida pelo réu, mas não se tem prova de que esse fato tenha deixado consequências mais sérias do ponto de vista administrativo e criminal. Em uma linha: é quase tudo verdade, mas não é um escândalo.

O terceiro eixo das críticas do réu à CPRM se concentra em supostos desvios na gestão de pessoas da Litoteca de Araraquara. O cardápio de irregularidades é amplo, abrange a atribuição de funções técnicas para pessoas sem o preparo mínimo para essas atividades (o que teria levado à inutilização de parte do acervo da litoteca), a contratação de funcionária fantasma e até mesmo a obrigatoriedade de devolução de parte dos salários de funcionários temporários, esquema que recentemente entrou no dicionário sob a denominação de rachadinha.

A prova produzida em juízo foi contraditória em relação a esses fatos. Especificamente em relação à perda de parte do acervo da litoteca, as testemunhas Lauro Gracindo Pizzato e Luis Lopes Moreira confirmaram que parte dos testemunhos de sondagem foram perdidos. Porém, a maior parte das perdas não é decorrência da manipulação descuidada do material, mas sim resultado do acondicionamento das peças em caixas de madeira, material propício à degradação — atualmente os testemunhos de sondagem estão acondicionados em embalagens de plástico, que é o material adequado para o armazenamento de amostras geológicas.

As denúncias do réu sobre irregularidades na gestão de pessoas da litoteca foram objeto de inquérito policial instaurado após a propositura desta ação, no qual

foram colhidos os depoimentos de diversos funcionários. No curso da investigação foram constatados indícios consistentes da ocorrência de várias irregularidades. Algumas são pecadilhos que denotam certo afrouxamento na observância das regras que regem a administração pública, mas que não chegam a configurar crime, enquanto outras estão do outro lado da margem do corguinho que separa a irregularidade administrativa do crime. Exemplo do primeiro grupo são as manobras contábeis para permitir a extensão artificial de contratos temporários. Segundo apurado pela autoridade policial, formalmente (no papel) o funcionário trabalhava três meses, se afastava e depois era recontratado, mas na prática desenvolvia suas atividades sem solução de continuidade. Nesses casos, era lançado nos registros da CPRM um salário maior do que o efetivamente pago, sendo que a diferença entre as remunerações é que garantia o pagamento nos meses em que formalmente o funcionário estava afastado.

Além de irregularidades que não despertaram o interesse na persecução penal, a autoridade policial federal também apurou indícios da prática de crime relacionado à malversação de recursos. O inquérito deu origem à ação penal nº 0009524-13.2016.403.6120, movida pelo Ministério Público Federal contra Silvana Maria da Silva, na qual se imputava à ré a prática de estelionato. Em dezembro de 2019 foi proferida sentença absolvendo a ré sob o fundamento de ausência de provas suficientes para a condenação, decisão que transitou em julgado em fevereiro de 2021.

Como se vê, em linhas gerais as postagens do réu decorrem de fatos que efetivamente ocorreram, mais ou menos da forma que estão narrados na internet. É possível que aqui e ali se tenha algum exagero, certo abuso retórico, uma interpretação enviesada, algumas omissões matreiras e fartas doses de grosseria, mas no atacado as postagens do réu estão dentro dos limites do direito à livre manifestação do pensamento e da crítica, especialmente se levado em consideração que esse espaço é dilatado quando a crítica é dirigida a órgão ou agente público.

A propósito disso, cabe realçar que as ofensas a empresas e agentes públicos não podem ser valoradas segundo a mesma régua aplicada ao cidadão comum. De instituições, políticos e agentes públicos em geral se espera um grau maior de resistência a comentários ácidos ou mesmo a ofensas, pois a crítica é ocorrência comum e esperada em razão das atividades que desenvolvem, ao passo que a educação não é uma virtude distribuída de forma equilibrada entre as pessoas. Na verdade, ao tentar sufocar as críticas lançadas pelo réu (em grande parte fundamentadas) a CPRM age tal qual o indivíduo a que Magalhães Noronha¹¹ se referia como sendo *"... alfenim, com sensibilidade à flor da pele que, à menor contrariedade oposta, se sinta ofendido (...) criaturas que, sem exata noção de suas funções, se empolgam pelo cargo, lembrando o caso daquele agente de polícia que, sofrendo inadvertido pisão de uma pessoa, prendeu-o por ter ela pisado... o pé da lei"*.

No mais, penso hoje como pensava quando proferi a decisão que indeferiu a liminar na cautelar 0008183-83.2015.403.6120:

A Constituição assegura a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV), comando que é complementado pelo art. 220:

11 Direito penal. v. 4 — São Paulo : Saraiva, 1987-1988, p. 305.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

É evidente que o direito à liberdade de manifestação e de crítica não é absoluto, como, aliás, nenhum direito ou garantia fundamental o é; — sempre que houver tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade abre-se a oportunidade para a relativização de direito ou garantia fundamental, por meio do exercício da ponderação dos valores em jogo. Especificamente no caso da liberdade de expressão, os limites para o exercício desse direito são calibrados pela garantia constitucional que assegura a proteção à honra (art. 5º, X da Constituição). Com efeito, a liberdade de manifestação e de crítica não pode servir como carta branca para que se enxovalhe a reputação de quem quer que seja, por meio da propagação de inverdades ou pura e simplesmente através de ofensas gratuitas. Nas felizes palavras do jurista Sylvio Capanema de Souza, em caso que tratava especificamente dos limites da liberdade de opinião, *"O reverso da medalha de ouro da liberdade é a responsabilidade"*¹².

No caso dos autos, todavia, examinando os documentos que instruem a inicial, bem como acessando a página <http://cprmente.webnode.com/>, não vislumbrei a intenção deliberada do réu de atingir a honra da autora ou de seus funcionários, incluído aí, naturalmente, seus dirigentes. Na leitura que faço, as postagens do requerido circunscrevem-se aos limites razoáveis da crítica, embora aqui e ali temperadas com um linguajar corrosivo, talvez rude e deselegante. Na visão do autor, a Superintendência da CPRM no Estado de São Paulo praticou ou é conivente com variadas irregularidades, sobretudo quanto à instalação e funcionamento da litoteca de Araraquara.

É bem verdade que um e outro texto sinaliza para a prática de condutas graves, e em alguns casos até identifica o nome do suposto autor das hipotéticas infrações (por exemplo, a suposta apropriação indébita que teria sido praticada pelo geólogo Luiz Antônio Chieregati, caso enfocado no texto VERDADES E MENTIRAS III), mas mesmo nessas postagens não me parece evidente a intenção deliberada de ofender, de espalhar inverdades e de denegrir a imagem da instituição ou mesmo dos servidores mencionados.

Também deve ser levado em consideração que os textos do autor se circunscrevem a desvios de condutas ocorridos no seio de ente estatal, o que reveste suas informações de interesse público e, por isso, recomenda certo alargamento no espaço para o exercício da manifestação crítica. Bem a propósito disso, transcrevo lição de INGO WOLFGANG SARLET¹³ a respeito do conflito entre a proteção à honra e o direito de expressão:

12 A tirada foi extraída de passagem do voto condutor proferido no Resp. 164.421 (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/11/1998), em que o Relator transcrevia trecho do acórdão de onde tirado o recurso especial, da lavra do então Desembargador Sylvio Capanema de Souza.

13 Curso de direito constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 424-425.

O direito à honra, no quadro dos limites aos direitos fundamentais, também não se reveste de caráter absoluto, mas desempenha papel relevante na condição de limite ao exercício de outros direitos fundamentais, em especial das liberdades de expressão (informação, imprensa, manifestação do pensamento). Embora no plano do direito à honra, diferentemente do que se dá com o direito à privacidade, não se justifique uma proteção em princípio menos intensa do direito à honra na esfera política do que na esfera pessoal, o direito à informação favorece uma interpretação sempre à luz do caso concreto, generosa em relação à liberdade de expressão. Há quem diga, contudo, que tal questão estaria mal colocada, na medida em que a possibilidade de excluir a ilicitude da ofensa à honra resultaria do interesse público na questão revelada e não no caráter público da pessoa atingida ou de sua exposição na esfera pública. No limite, mesmo que a mensagem divulgada possa ser ofensiva (especialmente na ótica do titular do direito à honra), se os termos empregados na divulgação tida como ofensiva forem condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público, há de prevalecer a liberdade de expressão. Todavia, quando a opinião emitida não apresentar interesse público, além de ter caráter manifestamente ofensivo e violador da dignidade da pessoa humana do ofendido, o direito à honra se transforma em limite da liberdade de expressão e dá ensejo à responsabilização civil e mesmo penal (atendidos os pressupostos legais) dos autores da ofensa. No âmbito da jurisprudência do STF, contudo, observa-se uma relativamente forte adesão à doutrina da preferência da liberdade de expressão e certa condescendência com manifestações que sejam ofensivas à honra pessoal quando o ofendido for agente estatal. De qualquer modo, embora a condição de agente estatal possa — de acordo com o STF — até mesmo servir de fundamento para atenuar o grau de reprovabilidade da conduta do autor das ofensas à honra, acusações graves e infundadas, desacompanhadas de prova de sua veracidade, configuram dano moral indenizável. (grifei)

De mais a mais, não me parece que as postagens do réu ameacem de forma irreparável o nome, a honra e a imagem da autora. Quanto a isso, observo inicialmente que o tom meio panfletário e ressentido das postagens já serve de filtro a respeito do grau de credibilidade das informações ali propagadas. A coisa já começa pelo título do blog (CPRMENTE), que não deixa dúvida de que o que será ali publicado se traduz numa visão parcial de seu autor, que certamente não é um entusiasta da CPR, ou ao menos da atual gestão da empresa pública. Noves fora o aparente interesse público a respeito de alguns tópicos, as postagens do blog se aproximam das páginas dedicadas a ser contra algo ou alguém que ultimamente andam povoando a internet, sobretudo nas redes sociais como o Facebook — coisas do tipo “Odeio Galvão Bueno”, “Odeio Lula” e por aí vai. Justamente em razão da predisposição que costuma ser declarada já no título, ninguém acessa essas páginas imaginando que vai encontrar comentários elogiosos a esses personagens, tampouco opiniões equilibradas ou imparciais. Tudo isso faz crer que as pessoas que acessam a página que a autora pretende tirar do ar — e duvido que sejam muitos, dado o caráter monotemático da publicação — não aceitam de forma automática as opiniões do blogueiro como manifestações incondicionais da verdade.

Ademais, as postagens mais ácidas do réu são aquelas lançadas em sua página no Facebook, de modo que só serão lidas com certo interesse pelos usuários que mantém algum relacionamento pessoal com o autor das mensagens e que,

por isso, estarão mais apetrechados para avaliar o grau de seriedade e, mais importante, imparcialidade dessas opiniões.

Por fim, cumpre pontuar que vários dos textos do réu se concentram em fatos específicos, em relação aos quais não há como identificar a intenção deliberada de conspurcar a reputação da autora. A razão é muito simples: os elementos até aqui disponíveis não permitem qualificar tais informações como inverídicas, uma vez que tal constatação demanda dilação probatória. O ponto fica mais bem entendido se ilustrado por um exemplo.

No artigo VERDADES E MENTIRAS II o autor do texto sustenta que a CPRM aprovou junto ao Corpo de Bombeiros projeto de combate a incêndios para o prédio onde funciona a litoteca de Araraquara, que, entre outros dispositivos, prevê um sistema de hidrantes; contudo, prossegue o articulista, "... este sistema ATÉ HOJE NÃO ESTÁ INSTALADO. Portanto, a CPRM está utilizando o prédio em desacordo com a legislação estadual". Trata-se de uma acusação séria, que trata do descumprimento de normas de segurança por ente público. Mas, e se for verdade? E se ali adiante se comprovar que, de fato, os hidrantes do prédio da litoteca não estão (ou não estavam até a publicação do texto) operantes?

Por aí se vê que a alegação da autora no sentido de que o réu publica fatos "inverídicos, inexistentes, levianos e desprovidos de seriedade" não se mostra cristalina a ponto de autorizar o deferimento da liminar para obrigar o réu a deletar as postagens.

A instrução apenas reforçou a impressão inicial de que as postagens do réu se deram no contexto do direito à crítica e à liberdade de expressão. Em suma, conclui-se que a autora não foi bem-sucedida na tentativa de demonstrar que as postagens do réu foram animadas pela intenção de prejudicar a reputação da empresa, muito menos que as críticas se sustentam em fatos inverídicos ou forjados, de modo que não há causa que determina que o material seja retirado da internet.

Por fim, tendo em vista o não acolhimento do pedido de retirada das postagens, tenho por prejudicado o pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. O reconhecimento de que as postagens se deram no contexto do exercício da liberdade de expressão afasta a ocorrência de ato ilícito praticado pelo réu, assim como de dano atribuível a essas condutas, o que prejudica a análise do nexo de causalidade. Da mesma forma que não é possível uma ponte ligando nada a coisa alguma, não se admite nexo causal entre elementos inexistentes.

Tudo somado, o feito deve ser julgado improcedente.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil.

Condene a autora ao pagamento das custas e de honorários ao réu, que fixo em 10% do valor atualizado da causa.

Demanda isenta de custas.

Caso interposto recurso, vista à parte contrária para contrarrazões e remetem-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Transitado em julgado, dê-se baixa e archive-se.

Publique-se. Intimem-se.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

0000297-80.2018.4.03.6135

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Réus: ROBSON SANT'ANNA, SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT ANNA, IDEAL TERRAPLENAGEM LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: DJEN 01/08/2022

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* ajuizou *ação penal pública* em face de *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., ROBSON SANT'ANNA E SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA*, denunciando como incursos nas penas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal.

A denúncia do Ministério Público Federal foi recebida no dia 24/08/2018 (fls. 28).

Os réus foram devidamente *citados e intimados*, que constituíram advogados de sua confiança, tendo sido apresentadas *respostas à acusação* (fls. 82/122 e anexos fls. 123/434), com *réplica pelo MPF* (fls. 455/456).

Nas referidas defesas, pugnaram, *preliminarmente*, a *prescrição da pretensão punitiva do Estado, extinção da punibilidade e inépcia da denúncia*. No mérito, alegaram, em síntese, que os fatos não ocorreram na forma indicada na denúncia, pugnando pela improcedência da ação penal.

Apresentaram documentos e arrolaram testemunhas.

Na sequência, pelos fundamentos expostos, *este Juízo proferiu decisão (fl. 458/460) pela ausência das hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 397)*, determinou o *prosseguimento do feito*, sendo que as questões suscitadas pelos réus relativas ao mérito da ação penal, inclusive referentes à *participação e responsabilidade ou não dos réus na prática delituosa em tese verificada*, devem ser apuradas mediante a devida *instrução processual*.

Ainda, durante o *andamento processual* houve *intimação do MPF* para análise sobre a presença dos *requisitos legais* para oferecimento de *proposta de acordo de não persecução penal (ANPP)*, tendo pela acusação sido apresentada *manifestação pela ausência de seu cabimento* no caso em concreto.

Pela parte ré foi apresentada *manifestação* também pelo *desinteresse na proposta de acordo de não persecução penal*, no propósito de alcance da *absolvição por sentença*.

Designada *audiência de instrução penal para 19/04/2022*, foram *ouvidas as testemunhas acusação, testemunhas de defesa e realizados os interrogatórios*.

O *Ministério Público Federal* e os réus apresentaram *alegações finais*.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A presente ação penal foi processada com observação da *ampla defesa e do contraditório*, em garantia ao *devido processo legal*, de modo que não vejo irregularidades que possam ensejar prejuízos às partes, a teor dos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal.

II.1 - PRELIMINARES: PRESCRIÇÃO E INÉPCIA DA DENÚNCIA

Segundo consta dos *parâmetros temporais* dos autos, tendo o *recebimento da denúncia ocorrido em 24/08/2018* e a verificada a *data da presente sentença (12/07/2022)*, *não se verifica o decurso do prazo prescricional* nos termos da *lei penal*, sendo que *até o trânsito em julgado deve ser regulado a partir da pena máxima em abstrato (CP, art. 109, caput)*, razão pela qual resta afastada a hipótese de prescrição.

Com efeito, infere-se da *denúncia* que contém a *exposição detalhada do fato criminoso* tal qual em tese praticado pelos réus, com a respectiva *classificação do crime* e todas as *circunstâncias* em que teria ocorrido o *crime* pelos quais foram os réus denunciados, tendo sido *atendidos os requisitos legais previstos no art. 41, do CPP*.

Verifica-se que pela *denúncia* houve *descrição das condutas típicas* praticadas em tese pelas *pessoas físicas* e da *atividade típica* desenvolvida em tese pela *pessoa jurídica*, nos termos do *artigo 55, caput c/c artigo 3º da Lei nº. 9.605/98*.

De fato, verificou-se estarem presentes elementos que apontavam para a *materialidade delitiva* e os *indícios suficientes de autoria* a darem ensejo ao *prosseguimento do feito* a partir da *devida instrução criminal*, se fazendo *ausentes* as hipóteses legais de *absolvição sumária (CPP, art. 397)*, *tampouco de rejeição da denúncia (CPP, art. 395)*, o que inclusive motivou seu *recebimento por este Juízo*.

Por conseguinte, *remanesce a análise do mérito da presente ação penal*, a partir da regular *instrução probatória* realizada, nos termos que seguem.

II.2 – MÉRITO

Trata-se de ação penal, por meio da qual o *Ministério Público Federal* denunciou *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., ROBSON SANT'ANNA E SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA*, qualificados nos autos, por ter praticado a conduta descrita no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal.

Passo à análise da *materialidade*.

A) MATERIALIDADE: NOTA TÉCNICA, AUTO DE PARALISAÇÃO E PARECER TÉCNICO/DNPM

Início pela análise da *materialidade dos delitos* tipificados na Lei nº 9.605/1998, artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º.

Quanto aos *réus*, consta da *denúncia*:

"No dia 03 de dezembro de 2012, na Avenida Dario Leite Carrijó, nº 1311, bairro Jaraguá, Município de São Sebastião/SP, os denunciados ROBSON SANT ANNA e SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT ANNA, por meio da empresa IDEAL TERRAPLENAGEM LTDA., extraíram recursos minerais sem a competente autorização, concessão ou licença, bem como exploraram e usurpam matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal, crimes estes Capitulados no artigo 55 da Lei 9.605/98 e no artigo 2º, caput, da Lei 8.176/191 (fis. 04-05).

Conforme consta nos autos, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), após denúncia de possível lavra irregular, realizou vistoria in loco e Constatou a lavra ilegal na área do processo DNPM nº 820.082/2007, em fase de Requerimento de Pesquisa, na qual a empresa Ré é titular. No ato da vistoria, estava sendo desenvolvida atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, sendo a lavra ilegal consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizada no processo DNPM n. 820.987/1999 (fis. 04-05).

Diante da constatação, foi elaborada a Nota Técnica n 0003/2013- SFPAM/JDFISCIDNPMISP - EDBS e, para a área em fase de Requerimento de Pesquisa, o DNPM lavrou o Auto de Paralisação n. 02612012, por extrair saibro e argila sem título autorizativo emitido pelo órgão (fis. 04-08)." (Grifou-se).*

(...)

A autoria e a materialidade definitiva estão conformadas pela Nota Técnica n- 0003/2013-SFPAM/DFISCJDNPMISP - EDBS, pelo Parecer Técnico ri-797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP, e pelo Auto de Paralisação n. 026/2012, os quais atestam que os denunciados extraíram saibro e argila sem título autorizativo emitido pelo DNPM, em consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizada (fis. 04-16)." (Fl. 26/27 - Grifo nosso).

E em relação à pessoa jurídica IDEAL TERRAPLENAGEM LTDA consta da denúncia:

"Quanto à responsabilidade criminal ambiental das pessoas jurídicas, cabe destacar que o artigo 3º, caput, da Lei n. 9.605/98 possibilita tal modalidade, o que não exclui a responsabilidade das pessoas físicas ora denunciadas (art. 3º, parágrafo único, Lei n. 9.605/98). Registra-se, ademais, que ainda que não houvesse comprovação da autoria da prática dos crimes objeto desta denúncia por ROBSON e SORAIA ou esses fossem absolvidos, o ordenamento jurídico possibilita a imputação e condenação unicamente da pessoa jurídica, Com base no artigo 225, §3º, da Constituição Federal." (Grifou-se).

Conforme Nota Técnica n- 0003/2013-SFPAM/DFISCJDNPMISP – EDBS:

Análise:

Na análise de toda documentação encaminhada, processo DNPM nº 820.987/1999, 820.082/2007 e do Ofício PRMSJC nº 1534/2012, verificou-se a necessidade da vistoria "in loco" para constatação dos fatos.

A vistoria de campo foi realizada na data de 03/12/2012, na área indicada no anexo do Ofício do MPF fl. 181.

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

Foi constatado durante a vistoria, que existem trabalhos de lavra na área do processo DNPM nº820.987/1999, por Regime de Licenciamento, autorizando a Titular Ideal Terrapiagem LTDA, a extrair saibro e argila na área do processo em questão. Ocorre também no local LAVRA ILEGAL, pois a Titular executava no ato da vistoria lavra fora dos limites da poligonal autorizada. A lavra ilegal ocorre na área do processo DNPM nº820.082/2007, em fase de Requerimento de Pesquisa, na qual a titular também é a empresa Ideal Terrapiagem LTDA.

A área com título de lavra em vigor perante o DNPM está conduzindo regularmente os trabalhos de extração de argila e saibro, mas foram constatadas irregularidades durante e após vistoria passíveis de atuação, uma vez que, o titular não atende satisfatoriamente as NRM's.

Para a área em fase de Requerimento de Pesquisa, foi lavrado o Auto de Paralisação nº026/2012 (anexo), por extrair saibro e argila sem título autorizativo, emitido pelo DNPM. Constatou-se que a extração ilegal é consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal do processo nº820.987/1999. A lavra ilegal ocorre numa área de 8.145,9 m², mas não foi possível quantificar o volume de saibro e argila extraído ilegalmente da área do processo DNPM nº820.082/2007, uma vez que, se trata geomorfologicamente de um morro, seriam necessários mapas topográficos de configuração anterior e posterior à extração.

Por se tratar de lavra a céu aberto de saibro e argila, não é usado explosivo para a extração destas substâncias. Referente a partículas minerais em suspensão (poeiras), ficou constatado que a empresa não atende o item 9.1 da NRM-09, pois, com a grande movimentação de terra no local é gerado certa quantidade de poeira pelos maquinários utilizados nos trabalhos de lavra. A falta de equipamentos para a medição de material em suspensão impossibilita avaliação para determinar os danos causados por esta mineração.

Foi observado na área do processo DNPM nº820.082/2007, um talude negativo de aproximadamente 15m gerado pelos trabalhos de lavra na base do morro onde ocorre extração ilegal, que por se tratar de materiais originados por eventos de intemperismo que levam à degradação e o enfraquecimento da rocha, na qual pode ocorrer deslizamento de terra comprometendo a segurança dos trabalhadores da empresa e de uma casa que fica de frente ao talude instável.

O titular tem autorização para lavra de saibro e argila, mas foram constatadas fontes de areia na área do processo DNPM nº820.987/1999, que é extraída sem autorização do DNPM.

Conclusão:

Conclui S.M.J., que o local objeto de denúncia apresentada pelo MPF (Procuradoria da República de São José dos Campos-SP) Ofício PRM/SJC nº 1534/2012, fere-se área do processo DNPM nº820.987/1999, por Regime de Licenciamento, autorizando a empresa Ideal Terrapiagem LTDA, a extrair saibro e argila na área do processo em questão. O titular não atende satisfatoriamente as NRM's.

Ocorre também no local LAVRA ILEGAL, pois a Titular executava no ato da vistoria lavra fora dos limites da poligonal autorizada. A lavra ilegal ocorre na área do processo DNPM nº820.082/2007, em fase de Requerimento de Pesquisa, na qual a titular também é a empresa Ideal Terrapiagem LTDA. Foi lavrado o Auto de Paralisação nº026/2012, pois a empresa Ideal Terrapiagem LTDA, titular do processo em questão, executou lavra fora dos limites da poligonal autorizada.

(Fl. 20/21 do PDF)

Em seguida, o *AUTO DE PARALISAÇÃO/DNPM*, em que se os seguintes trechos:

DNPM
Departamento Nacional de Produção Mineral

AUTO DE PARALISAÇÃO N.º 26/2012

Ref. DNPM(s):

Aos 03 (três) dias do mês de dezembro de 2012, o Sr. Superintendente do Departamento Nacional de Produção Mineral/SP, de conformidade com o que estabelece a legislação minerária, resolve determinar a **PARALISAÇÃO IMEDIATA** dos trabalhos de lavra clandestina/irregular de **Silício Arcula** (substância mineral) desenvolvidos por **Ideal Construtora e Terraplenagem Ltda.** (nome da pessoa física/jurídica) no local denominado **Barreiras Jaracua** no município de **São Sebastião**, Estado de São Paulo, respondendo o infrator por todos os atos definidos pela legislação em vigor.

Do presente **Auto de Paralisação**, serão enviadas cópias às autoridades competentes.

São Sebastião, SP, 03 de dezembro de 2012.

(Fl. 29 do PDF)

E, conforme *PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP*, informa que:

Histórico:

Trata-se de uma denúncia apresentada pelo MPF (Procuradoria da República de São José dos Campos-SP) Ofício PRM/SJC nº 1534/2012, que versava sobre a manifestação com relação à atuação da empresa Ideal Terraplenagem LTDA.

Foi realizada vistoria nas áreas dos processos em referência em 03/12/2012, na qual foram constatadas irregularidades de execução no atendimento as Normas Regulamentares da Mineração-NRM, extração mineral não autorizada que ocasionou na emissão do Auto de Paralisação nº 026/2012 (fls.201 e 46 dos processos DNPM nº 820.987/1999 e 820.082/2007, respectivamente), além Autuação e Infração por inadimplemento das obrigações impostas no Código de Mineração.

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

Analisando o recurso apresentado temos a afirmar que:



2.1-Ocorrem contradições nas justificativas da lavra clandestina por terceiros antes da autorização por Licenciamento, uma vez que, fica comprovada através das imagens históricas do GOOGLE EARTH (ver anexo), que a degradação da área ocorreu gradativamente com as operações de lavra irregular (consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizativo do processo DNPM nº820.987/1999), executados pela empresa Ideal Terraplenagem LTDA. Cabe salientar que a Autorização de Registro de Licença nº2.334/1999, DOU 24/11/1999, legalizou a extração a partir da data de publicação (fl.39 processo DNPM nº820.987/1999);

2.2-As justificativas de movimentação de terra para recuperação e estabilização de taludes, não serão aceitas, em função de ter sido constatado no ato da vistoria que o saibro retirado da área sem título autorizativo (processo DNPM nº820.082/2007), era transportado para outras regiões fora do empreendimento, menos no setor onde estava o talude negativo, demonstrando total descaso da empresa, com o risco iminente de deslizamento e consequentemente acidente;

2.3-O talude negativo demonstrava ter sido originado por lavra irregular da Ideal Terraplenagem LTDA., uma vez que, a empresa na época da vistoria não atendia as Normas Regulamentares da Mineração-NRM, no que culminou em Autuação e Infração. A atividade de extração mineral não autorizada ocorre na área do processo DNPM nº820.082/2007, na qual foi lavrado o Auto de Paralisação nº026/2012, por extrair saibro sem título autorizativo emitido pelo DNPM. Na época da vistoria, realizada em 03/12/2012, não constatamos nenhuma obra de recuperação e estabilização de taludes no setor de risco iminente, comprovando a eficiência do Auto lavrado.

2.4-Para movimentação de terra com base no Art. 3º do Código de Mineração, os interessados deverão atender a Portaria do Diretor Geral do DNPM nº441 de 11/12/2009 e suas alterações. Portanto somos favoráveis a manutenção do Auto de Paralisação nº026/2012, não sendo aceitas as justificativas apresentadas;

2.5-Para processo de cobrança de indenização aos danos causados à UNIÃO, serão utilizados os cálculos que foram apresentados nos autos do processo DNPM nº820.987/1999 fls.240-241, tomando como base as Plantas Planialtimétricas, Seções e

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

perfis geológicos anexos no mesmo processo. Os volumes de saibro que foram extraídos sem autorização estão na tabela abaixo.

Substância	Argila/m³	*Densidade	Argila/t
Saibro	15.890 m³	1,5 t/m³	23.835 t

*Fonte: Densidade extraída do Anuário Mineral Brasileiro – AMB.

Substância	Volume/t	**Preço	Valor Total
Saibro	23.835 t	R\$ 16,32	R\$ 388.987,20

**Fonte: Preço declarado no Relatório Anual de Lavra-RAL ano base 2014 da empresa Ideal Terraplenagem LTDA. (ver anexo).



Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

Conclusão:

Conclui S.M.J., a lavra irregular que ocasionou o surgimento de taludes negativos com risco iminente é de responsabilidade da empresa Ideal Terraplenagem LTDA., por executar extração e comercialização de saibro em área sem título autorizativo emitido por esta Autarquia, além de não atender as Normas Regulamentares da Mineração – NRM e o Regulamento do Código de Mineração. Motivos que ocasionaram em paralisação, autuação e infração.

Deverá ser gerado processo de cobrança pelos danos causados à UNIÃO, além da recuperação da área degradada pela lavra irregular executada pela empresa Ideal Terraplenagem LTDA.

Essa é a nossa análise e parecer.

(Fl. 32/34 do PDF)

A materialidade dos delitos, portanto, está comprovada pelos seguintes documentos técnicos: (i) NOTA TÉCNICA; (ii) AUTO DE PARALISAÇÃO; e (iii) PARECER TÉCNICO elaborados pelo DNPM.

Com efeito, a partir dos *documentos técnicos, imagens realizadas por satélite (Google) e oitiva de testemunhas em instrução penal processual*, evidencia-se que *não se sustenta a tese da defesa de que se cuidaria de mera movimentação de terras ("movimentação de terras e de desmonte de materiais in natura, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações")*, conforme Decreto-Lei n. 227/1967 (Código de Minas), visto que foi constatada a LAVRA ILEGAL de saibro e argila, para fins comerciais ("comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos"), o que não se confunde com apenas a realocação física e temporária do material objeto da vistoria in loco do DNPM:

DECRETO-LEI Nº 227, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967.

(Código de Minas)

Art 3º Este Código regula:

I - os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fós-

seis, encontradas na superfície ou no interior da terra formando os recursos minerais do País;

II - o regime de seu aproveitamento, e

III - a fiscalização pelo Governo Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da indústria mineral.

§ 1º. Não estão sujeitos aos preceitos deste Código os trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais in natura, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações, desde que não haja comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos e ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra. (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)

Assim, devidamente comprovada a *materialidade delitiva*, passo à análise da *autoria*.

B) AUTORIA: RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIME AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA – AFASTAMENTO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO SIMULTÂNEA – PRECEDENTES DO STF E STJ

A partir do *conjunto probatório* dos autos, seja a partir dos *documentos técnicos* que instruem a presente ação penal, dentre os quais: *NOTA TÉCNICA*; (ii) *AUTO DE PARALISAÇÃO*; e (iii) *PARECER TÉCNICO elaborados pelo DNPM*, seja a partir das *testemunhas ouvidas em Juízo*, resta evidente a *autoria por parte da IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e do réu *ROBSON SANT'ANNA* em relação aos crimes consubstanciados na denúncia.

Com efeito, a partir dos *elementos probatórios* juntados ao feito, não *restam dúvidas acerca da autoria da IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e *ROBSON SANT'ANNA* na prática dos crimes previstos no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, na medida que constituem *responsáveis pelos atos e procedimentos ao "extraíam recursos minerais sem a competente autorização, concessão ou licença, bem como exploraram e usurparam matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal"*, tendo na *vistoria técnica do DNPM* sido constatado que estava sendo desenvolvida atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, sendo a lavra ilegal consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizada no processo DNPM n. 820.987/1999, conforme *NOTA TÉCNICA n. 0003/2013- SFPAM/JDFISCIDNPMISP – EDBS, AUTO DE PARALISAÇÃO n. 026/2012 E PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP* (Grifou-se).

Por toda a *instrução penal* ficou demonstrado que a *atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, bem como o avanço da lavra além dos limites da poligonal, atendem diretamente às atividades operacionais e aos interesses econômicos da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e seu sócio-administrador *ROBSON SANT-ANNA*.

Ainda, não deve prevalecer a *imputação dos atos somente aos réus pessoas físicas*, visto que este representam *meros longa manus dos interesses da própria IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.*, atuando como seus prepostos e representante diretos.

Com efeito, a partir da *oitiva das testemunhas*, infere-se a *clara caracterização da autoria dos crimes por parte da IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e *ROBSON*

SANT'ANNA, merecendo destaque o seguinte teor, com íntegra anexa aos autos virtuais:

Primeira Testemunha (Sr. Everton Dynelli Barbosa da Silva): refere à fiscalização ocorrida na IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., onde teve contato com o representante da empresa. Constatou a extração de matéria prima em área fora da poligonal autorizada pelo DNPM. Relata que a extração obtida a partir da área fora da poligonal autorizada estava sendo transportada para outra localidade. Foi verificada a redução do material que estava sendo explorado na área poligonal que possuía o título autorizativo, e que a IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA já estava passando a atividade para o lado de onde eles possuíam apenas um requerimento de pesquisa, sem autorização concedida, o que configura lavra ilegal;

Segunda Testemunha (Sr. Rodrigo Barbosa Cardoso): a testemunha era geólogo e trabalhava na divisão de fiscalização do DNPM, tendo sido o responsável pela análise da Nota Técnica emitida pelo técnico do DNPM, Sr. Everton. Aduz que não esteve no local da vistoria, e que a movimentação de terra fora do polígono autorizativo, por si só, não caracterizaria desrespeito às regras do DNPM, contanto que não houvesse a extração e comercialização do material. Afirma que o talude negativo indica que estava ocorrendo escavação em sua base do talude, sendo que os indícios apurados no local pelo fiscal não indicavam que estava ocorrendo mera movimentação de terra para regularização do talude negativo. No seu entendimento não haveria diferença técnica entre "movimentação de terra" e "extração" no caso do saibro, e não sabe afirmar se houve extração para outro empreendimento, mas que o material não estava no local da exploração. Refere que nos casos de lavra não autorizada, o DNPM emite Auto de Paralisação e um Parecer Técnico relatando a situação observada em campo e, se possível, a quantificação do material extraído irregularmente, com encaminhamento das informações aos órgãos competentes. Diz que existe a possibilidade movimentação de terra no caso previsto no art. 3º do Código de Mineração (art. 3º), mas que, no caso em concreto, não foi essa a situação verificada durante a vistoria, pois o local não era uma área de terraplanagem, mas sim uma área de extração.

Terceira Testemunha (Sra. Érica de Siqueira Mendes Agassi): Na ocasião dos fatos, atuava como Técnica Ambiental da CETESB, e que havia uma renovação de operação vigente, emitida por volta de 2010, com exigência para que fosse feita a recomposição do talude negativo. Afirma não saber informar a origem do talude negativo, mas que para retirada de material do talude negativo seria necessária autorização do DNPM dentro da poligonal. Informa que não sabe quanto à comercialização de material extraído do local (talude negativo), e que houve a reconfiguração da parte debaixo do talude, buscando recompor o local. Nas últimas vistorias realizadas, não havia operação no talude, e que, durante as primeiras inspeções realizadas pela CETESB, foi verificado que não havia cumprimento da condicionante relacionada à recomposição do talude negativo. Aduz que havia risco de desmoronamento do talude, e que a determinação da CETESB era para que fosse refeito o talude, mas não havia autorização para extração de material.

Quarta Testemunha (Sr. Pedro Manuel Assis Santos Amaral): Gerente da empresa IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., e, no momento atual, seu Diretor. Afirma que fazia parte da licença de operação da CETESB que houvesse a recuperação do talude negativo, e que teria havido extração de material da poligonal autorizativa

para o talude negativo. Aduz que a recomposição do talude foi feita com aterro, e que para arrumar o talude negativo não precisava de autorização do DNPM, pois era apenas terraplanagem. Afirma que não houve exploração ou comercialização do material decorrente do talude negativo, e que o talude negativo é derivado de erosão decorrente da exploração desde os anos 70, quando o Sr. Robson e Sra. Soraia não realizavam atividades no local da extração. A recuperação do talude se iniciou após abril de 2010, e que acredita ser equívoco do DNPM a informação de que foi constatada a extração do material do local e que havia o transporte para locais fora do empreendimento.

Em sede de *interrogatório*, relataram os réus *peessoas físicas* em relação aos fatos lhe imputados, tendo o réu *ROBSON SANT'ANNA* sido ouvido também como *representante da corré pessoa jurídica IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.*, visto se cuidar de seu *sócio-administrador*:

1) *RÉ SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA* : afirma que em 2012 já era sócia da empresa IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., e que, desde o início do funcionamento da empresa, somente ela própria e o réu Robson figuraram como sócios. Mas afirma e se reconhece apenas cotista da empresa, não sendo responsável pela administração da empresa. Relata que, em definitivo, que não exerce nenhum cargo na empresa, desde a constituição da sociedade, e que, na época da vistoria, a empresa era administrada exclusivamente pelo esposo, o réu Sr. Robson.

2) *RÉU ROBSON SANT'ANNA*: afirma que exerce cargo de diretoria desde a constituição da empresa, sendo que, quanto aos fatos que lhe são imputados, entende que não são verdadeiros. Reconhece que a Sra. Soraia nunca atuou na empresa, sendo sócia somente por ser sua esposa, se cuidando de empresa familiar. Na época da fiscalização do DNPM, relata que estava havendo recuperação do talude negativo em cumprimento à determinação da CETESB, o que não era de conhecimento do fiscal do DNPM. Aduz que a interpretação do técnico do DNPM teria se baseado equivocadamente em marcas de escavadeira e de pneu. Não sabe dizer se foi apresentado documento da CETESB ao fiscal do DNPM, e que a área fora da poligonal está, atualmente, legalizada perante a CETESB e perante o DNPM. Informa que o talude já foi recomposto em grande parte, e que a IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. possui outras poligonais autorizativas em outros endereços para exploração de outros minerais.

Em relação à corré *SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA*, de fato impõe-se o *reconhecimento da ausência de autoria* quanto aos fatos que deram ensejo à presente ação penal, visto que *somente figurava no quando societário como sócia-cotista, não tendo qualquer ingerência nos atos ou atividades da empresa IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* Em razão de se cuidar, segundo consta, de *empresa familiar, integra o quadro societário da empresa juntamente ao esposo o corréu Sr. Robson, mas não atua de fato nas atividades comerciais ou diretivas da empresa, sendo imperativo o reconhecimento da inexistência de sua autoria em relação aos crimes verificados no caso em concreto.*

Por outro lado, o que se observa foi que a *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. e seu sócio-administrador ROBSON SANT-ANNA não observaram e nem fizeram bem cumprir os procedimentos dentro dos limites da autorização de lavra do DNPM.*

Conforme bem se ilustrou no conjunto probatório dos autos, resta evidenciada a materialidade e autoria dos réus **IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA** e **ROBSON SANT'ANNA**, na prática dos crimes previstos no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), tendo em vista a atividade de **LAVRA ILEGAL** de saibro e argila fora dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM, para fins comerciais:







Fig. 4 – Imagem histórica do GOOGLE EARTH, registrada em 25/02/2006. Nota que ainda não era avançado a degradação no local indicado pela seta.

Cumpra-se asseverar que, conforme *documentos técnicos, fotos e plantas* que instruem os autos, faz-se possível a plena identificação visual das atividades de lavra fora dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM, conforme *NOTA TÉCNICA n. 0003/2013- SFPAMJDFISCIDNPMISP – EDBS, AUTO DE PARALISAÇÃO n. 026/2012 E PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP*.

Por conseguinte, tanto a partir das *informações técnicas dos autos*, quanto através da *produção da prova oral*, restou evidenciada a atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, bem como o avanço da lavra além dos limites da poligonal, sob os interesses econômicos da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. e seu sócio-administrador ROBSON SANT-ANNA.

Por oportuno, quanto à validade e aplicação das conclusões do DNPM quando em vistoria subsequente aos fatos que deram ensejo a esta ação penal, suas informações técnicas possuem os atributos de legalidade e legitimidade, que não foram afastadas pelos demais elementos constantes do conjunto probatório.

Acerca da autoria da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. e seu sócio-administrador ROBSON SANT-ANNA, em decorrência da relação direta de causalidade entre seus atos e a ocorrência da extração ilegal de saibro além dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM, tendo inequivocamente dado causa ao resultado do crime, faz-se relevante a reprodução do art. 13, do Código Penal:

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

E, quanto à *tipificação do crime de extração ilegal de recursos minerais e crime contra bens da União na modalidade usurpação*, há relevantes precedentes do Eg. TRF da 3ª Região:

Apelação criminal nº 0000805-84.2017.4.03.6127/SP: “Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal de 3ª Região (TRF3) condenou dois réus por extração ilegal de areia e argila e por usurpação de patrimônio público em sítio localizado no município de São João da Boa Vista (SP)”. (Assessoria de Comunicação Social do TRF3)

Apelação Criminal nº 2006.61.08.008798-2/SP: “Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) reexaminou a condenação proferida em primeiro grau de um grupo de pessoas envolvidas com extração de areia e usurpação de bens da União. A extração de areia vinha se dando no município de Botucatu (SP), por empresa que não detinha autorização legal necessária para exploração de recursos minerais, uma vez que a lavra de basalto vinha sendo realizada em área diversa daquela autorizada pelos órgãos governamentais competentes.

Não houve apenas prática de crime ambiental (artigo 55 da Lei nº 9605/98), mas também a exploração de matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal, o que configura o delito de usurpação (artigo 2º da Lei nº 8.176/91). A Turma julgadora assim se manifesta na decisão: “No tocante ao crime ambiental, os órgãos de fiscalização atestaram ter o réu ultrapassado os limites estabelecidos pelo licenciamento. Os limites de atuação da empresa constam do projeto que a própria empresa apresenta à CETESB. O réu alegou que embora tenham sido ultrapassados os limites autorizados, tal fato se deu por deficiência do instrumento utilizado originalmente para sua mediação, pois, como fora realizada em 1992 não possuía a precisão dos equipamentos de medição atuais (com GPS). No entanto tal assertiva não se mantém, pois conforme se infere dos elementos dos autos as áreas indicadas divergem entre si em mais de 400 (quatrocentos) metros, o que não pode ser explicado como mera falha humana ou mesmo pela utilização de equipamentos antigos, sem precisão, para sua mediação (...). No tocante ao delito de usurpação de bem da União, verifica-se que, em 2005, o acusado explorou área sem a devida autorização estatal.” (Assessoria de Comunicação Social do TRF3).

Não obstante se tratar de *pessoa jurídica*, é incontroverso que todos os atos de extração ilegal de saibro além dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM atendem ao interesse econômico da própria ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., motivos pelos quais os crimes ambientais devem ser atribuídos à autoria da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA, a partir de sua responsabilização penal prevista na Constituição Federal, art. 225, § 3º, e na Lei nº 9.605/1995, art. 3º:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)”

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, PESSOAS físicas ou JURÍDICAS, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 3º As PESSOAS JURÍDICAS serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Sobre a *responsabilização penal da pessoa jurídica* prevista no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, fez-se oportuna a citação do seguinte precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO DA PESSOA FÍSICA. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido". (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

E, ante a relevância da matéria relativa à *responsabilização penal da pessoa jurídica*, que possui *matriz constitucional* no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, e ao "*condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural*" (*dupla imputação*), extrai-se do relatório, do voto e do esclarecimento da Eminentíssima Relatora Ministra Rosa Weber o seguinte teor, em que conclui que "*Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural*", *in verbis*:

"RELATÓRIO (...) Breve histórico do caso é oportuno.

O Ministério Público Federal do Estado do Paraná formulou, em 02.8.2001, denúncia contra Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A, Henri Philippe Reichstul e Luiz Eduardo Valente Moreira pelo crime de poluição previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/1998. A denúncia foi recebida em 03.8.2001 pela ilustre Juíza Federal Bianca Georgia Arenhart Munhoz da Cunha.

Transcrevo trecho da denúncia que resume o fato delitivo:

"No dia 16 de julho de 2000, a denunciada Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária - Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refina-

ria, acabaram por poluir os Rios Barigui e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas - dentre as disponíveis - para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.

Durante o trâmite da ação penal, a Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A buscou o trancamento da ação penal por meio de mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Diante de acórdão denegatório (fls. 274-360), interpôs recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça;

(...)

Quanto à Petrobras, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a responsabilidade penal da pessoa jurídica exige a "imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana" (fl. 567) Como, pela decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 83.554-6/PR e pela extensão de ofício da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, não mais figuravam no polo passivo pessoas físicas responsáveis pelo crime, entendeu o Tribunal Superior que a ação penal não poderia prosseguir somente contra a pessoa jurídica.

(...)

Em seguida, interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público Federal (fls. 610-22) que aponta, como dispositivos violados, o art. 5º, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, e o art. 225, § 3º, todos da Constituição Federal.

(...)

VOTO (..)

A acusação, na origem, se fez pelo crime de poluição ambiental do art. 54 da Lei nº 9.605, de 12.02.1998:

(...)

Por seu turno, eis o teor do § 3º do art. 225 da Carta Política de 1988:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

Da leitura do preceito acima, em cotejo com as razões de decidir que desafiaram o extraordinário, entendo presente questão constitucional maior, qual seja a do condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, julgo merecer provimento o agravo regimental, a fim de assegurar o processamento do recurso extraordinário, viabilizando a esta Suprema Corte melhor exame da questão constitucional debatida. Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental.

É como voto.

ESCLARECIMENTO (...)

Eu, com todo respeito, *entendo que há uma questão constitucional maior envolvida (ao menos numa primeira visão, numa primeira leitura). Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural.*" (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

Ainda, o inteiro teor da decisão do STJ no RESP nº 1.579.538/SP, admite a responsabilização penal independentemente da responsabilização dos dirigentes (Teoria da Dupla Imputação):

"DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Colhe-se dos autos que a ora recorrida interpôs mandado de segurança contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP que recebeu denúncia oferecida contra si e demais corréus, pela suposta prática do delito tipificado no art. 54, § 2º, IV e V, combinado com o art. 3º, ambos da Lei n. 9.605/98 (causar poluição), em virtude do "lançamento de 3.500 litros de óleo diesel marítimo (MF - 380 Marine Fuel Oil), em níveis que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias" (e-STJ fl. 1.122). O Tribunal de origem concedeu a segurança para trancar a ação penal, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 1.126): (...)

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

Com efeito, o acórdão recorrido decidiu de forma contrária ao entendimento desta Casa, firmado em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: (...)

'PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. (...) (AgRg no RMS 48.085/PA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015, grifei).'

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial a fim de, cassando o acórdão recorrido, determinar o regular prosseguimento da ação penal."

Portanto, conforme decisão do Eg. STJ no RESP nº 1.579.538/SP: "em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,... não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome".

E, sobre a responsabilização da pessoa jurídica e, por conseguinte, a responsabilidade da IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA pelos fatos objeto destes autos, independentemente da dupla imputação, ou seja, da necessária responsabilização das pessoas físicas atuantes na gestão da empresa (Teoria da Dupla Imputação), seguem relevantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 – Grifo nosso).

"PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. 2. Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica. 3. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição, dada a sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato. 4. Concretização do dano que evidencia a potencialidade preexistente. 5. Responsabilidade que não se afasta em razão de culpa ou dolo de terceiros, considerando-se a existência de laudo técnico que atesta diversos vícios referentes à segurança da estrutura utilizada pela empresa para o transporte de minério destinado à sua atividade econômica. 6. Agravo regimental desprovido..." (AROMS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 48085 2015.00.87565-0, GURGEL DE FARIA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/11/2015 – Grifo nosso).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento... (ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 39173 2012.02.03137-9, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:13/08/2015 – Grifo nosso).

Parte inferior do formulário

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *CRIME AMBIENTAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ARTIGO 54, § 2º, V, DA LEI N.º 9.605/98. NÃO OCORRÊNCIA. POLUIÇÃO. VAZAMENTO DE ÓLEO DIESEL. CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO COM BENZENO EM NÍVEIS SUPERIORES AO ACEITÁVEL PELA NORMA, DEVIDAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRODUTO CANCERÍGENO. RISCO À SAÚDE HUMANA COMPROVADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange à alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC, sob o argumento de que o tipo de perigo abstrato não dispensa a prova de risco de perigo, demandando a realização de prova específica, não se verifica-se a apontada omissão, uma vez que essa questão encontra-se suficientemente examinada no âmbito do acórdão que julgou os aclaratórios. 2. Quanto à suscitada negativa de vigência ao art. 54, da Lei 9.605/98, sob o argumento de que "é necessário que a poluição alcance níveis capazes de causar danos à saúde humana", também não assiste razão aos recorrentes. Isso porque, *consoante se depreende do excerto transcrito, no caso ora examinado, constatou-se, por meio da Nota Técnica do ICMBio, elaborada em 29/12/2011, que o lençol freático foi contaminado por produto carcinogênico, qual seja o benzeno, em concentrações superiores àquelas estabelecidas pela Resolução CONAMA 420/09, o que, por si só, é suficiente para causar danos à saúde humana, não sendo necessário, conforme destacado pelo Tribunal a quo, a demonstração de lesão efetiva aos moradores da região.* 3. Agravo regimental a que se nega provimento..." (AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1273153 2018.00.79311-1, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/08/2018 – Grifo nosso).*

Comprovada nos autos, portanto, a *autoria*. Passo, por fim, à análise da *tipicidade*.

C) TIPICIDADE

Lei nº 9.605/1998, artigos 3º e 55:

"Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a *infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.*

Parágrafo único. A *responsabilidade das pessoas jurídicas* não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

(...)

Da Poluição e outros Crimes Ambientais

(...)

Art. 55. *Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:*

Pena - *detenção, de seis meses a um ano, e multa.*

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente. (Grifo nosso).

LEI Nº 8.176/1991, ARTIGO 2º:

(...)

Art. 2º *Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou*

*em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.
Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.*

A partir dos elementos do tipo penal consubstanciado na denúncia, não se exige dolo específico por parte da ré pessoa jurídica IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. para sua incursão nas penas do artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/1998 e no artigo 2º da Lei n. 8.176/1991, mas o dolo genérico em "Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida" e "explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo".

Trata-se, ainda, de crimes de perigo abstrato, ou seja, cuja consumação independe de qualquer resultado da ação dos agentes, tal como se verifica ter ocorrido no caso desta ação penal.

E o dolo inerente à prática delitiva se verifica justamente nas suas ações perpetradas na medida em que deu causa a atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, bem como o avanço da lavra além dos limites da poligonal, conforme NOTA TÉCNICA n. 0003/2013- SFPAMJDFISCIDNPMISP – EDBS, AUTO DE PARALISAÇÃO n. 026/2012 E PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP.

Assim, no caso dos autos, infere-se que a MATERIALIDADE e a AUTORIA são incontroversos em relação aos réus IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. e seu sócio-administrador ROBSON SANT'ANNA, bem como o dolo dos agentes.

Portanto, comprovadas a materialidade, a autoria e o dolo da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA e seu sócio-administrador o réu ROBSON SANT'ANNA na prática do crime ambiental e do crime contra o patrimônio da União, e não ser verificando qualquer causa excludente da antijuridicidade, tipicidade ou culpabilidade, impõe-se sua condenação às penas previstos no artigo 55, caput, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, e no artigo 2º da Lei n. 8.176/1991, em concurso formal, conforme CP, art. 70:

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Passo à dosimetria da pena.

II. 3 - DOSIMETRIA DA PENA

Inicialmente, cumpre registrar que, para a dosimetria da pena, em virtude das circunstâncias judiciais (CP, art. 59) (primeira fase) e agravantes e atenuantes (CP, art. 61 e 65) (segunda fase), o aumento da pena-base será realizado tomando-

-se em consideração o *montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal* ("detenção, de um a cinco anos e multa") do crime do artigo 2º da Lei n. 8.176/1991 (crime contra o patrimônio da União), que possui pena mais grave (CP, art. 70: concurso formal), e não tão somente a pena-mínima, para obtenção do *patamar de valoração* (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), sobretudo em virtude do *princípio da proporcionalidade* e para que seja fixado o *parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*.

E, para cada circunstância judicial (CP, art. 59) valorada de forma desfavorável, será elevada a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima, considerando a existência das *circunstâncias judiciais* (CP, art. 59) a serem apreciadas, não obstante a impossibilidade de o comportamento da vítima ser sopesado em prejuízo ao réu, para efeito de *justa equivalência* entre o número total de circunstância judiciais previstas em lei.

Quanto às *agravantes e atenuantes*, considerando o parâmetro ordinário utilizado pela doutrina e pela jurisprudência, para cada agravante ou atenuante (CP, arts. 61 e 65) será elevada ou reduzida a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima do preceito secundário do tipo penal, observado que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula nº 231/STJ).

Ainda, "as *agravantes ou atenuantes* não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for *maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário*, malgrado haja pena concreta dosada, as agravantes e atenuantes serão fixadas com *parâmetro na base de cálculo das circunstâncias judiciais*, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o *sistema hierárquico da dosimetria trifásica*". (STJ: HC 333.087/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/09/2016; HC 325.961/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016).

Conforme o Supremo Tribunal Federal, na *fixação da pena*, o *princípio da proporcionalidade* deverá ser o norte utilizado pelo julgador para a sua dosagem, a partir das *peculiaridades do caso concreto* (Informativo nº 563 - STF ref. HC nº 97056/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski - 13/10/2009). E, sobre os *parâmetros* acima referidos para a *fixação da pena*, os seguintes *precedentes jurisprudenciais do STJ e Tribunais Regionais Federais*: HC 345.398/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/06/2016; HC 291.506/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 29/08/2016; HC 180.167/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 24/08/2016; TRF3 - ACR 00013046420084036004, Rel. Cecilia Mello, Décima Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1: 06/07/2016. Por oportuno, constou de *relevante precedente do TRF5*: "Posições extremadas que podem ser temperadas, aproveitando-se adminículos relevantes de cada uma delas: i) a *fixação da pena não pode ter precisão aritmética, mas, por outro lado, as oito circunstâncias devem ser sopesadas, nada impedindo que uma prepondere ante as demais*" (TRF5 - ACR 200581000145860, Rel. Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, DJ - Data: 22/10/2008).

Na hipótese de existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso, em que *não haja condenação com trânsito em julgado, não serão tais elementos utilizados para elevar a pena-base*, ante o teor da Súmula nº 444/STJ. E, na concorrência entre *mais de uma condenação em desfavor do réu*, observado o prazo limite do CP, art. 64, inciso I, serão distribuídas entre a *primeira fase (maus antecedentes)* e a *segunda fase (reincidência)* da aplicação da pena, de maneira afastar *bis in idem* e não haver *valoração negativa em duplicidade sobre o mesmo fato (condenação)*.

Consagrado no Código Penal o *critério trifásico* para o *cálculo da pena* (art. 68), início pela *primeira fase na fixação da pena-base*, considerando as *circunstâncias judiciais* do art. 59 do diploma penal, em exegese que alcance a pena necessária para atender ao *grau de reprovação da conduta* e que seja *suficiente para prevenir o crime (prevenção genérica e específica)*

Na *primeira fase* de aplicação da pena, observo em relação às *circunstâncias judiciais* que a *culpabilidade se encontra evidentemente exacerbada*, tendo em vista a *elevada lesividade e reprovabilidade dos atos perpetrados pelos réus na prática de crime ambiental*, em que restou comprovado que o crime fora cometido em razão da *séria inobservância aos limites de poligonal autorizada pelo DNPM*, conforme *apontam reiteradamente os documentos técnicos dos autos, demonstram os relatos das testemunhas ouvidas em Juízo*.

Os motivos do crime, embora graves, foram os normais da espécie.

Já as *circunstâncias* devem ser *levadas em consideração de forma negativa*, ante a *elevada reprovabilidade de a pessoa jurídica ter atuado em abuso da confiança lhe depositada*, na medida em que passou à *extração de saibro em área além da poligonal já autorizada pelo DNPM*, sendo *sobremaneira dificultosa a identificação da extração para além dos limites impostos, em área circunvizinha e de fácil escamoteamento dentre as atividades operacionais já autorizadas*.

Não há que se falar em comportamento das vítimas. A ré é primária e, na data do cometimento do delito, não ostentava maus antecedentes.

Também não há nos autos, elementos por meio dos quais se possa valorar sua conduta social e sua personalidade.

Portanto, *havendo 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime)*, e, ainda, tomando-se em consideração o *montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal ("detenção, de um a cinco anos e multa") do crime do artigo 2º da Lei n. 8.176/1991 (crime contra o patrimônio da União), que possui pena mais grave (CP, art. 70: concurso formal)*, para obtenção do *patamar de valoração* (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), em *aplicação ao princípio da proporcionalidade* e para que seja fixado o *parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*, aplico o *patamar de 1/3 (um terço) sobre o intervalo da pena-mínima e pena-máxima e fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção e 126 (cento e vinte e seis) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a 1/2 (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00)*, em razão de a atividade ilegal de extração se destinar ao proveito econômico dos réus.

Na *segunda fase* de aplicação da pena, sem atenuantes e agravantes a serem consideradas.

Na *terceira fase*, nada a considerar, tornando *definitiva a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção e 126 (cento e vinte e seis) dias-multa*, sendo o *dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00)*, considerando tal parâmetro como *necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em comento*.

Tendo os *delitos do art. 55, da Lei n. 9.605/1995 e do art. 2º da Lei 8.176/1990* sido cometidos na forma de *crime formal*, elevo a *pena do crime do artigo 2º da Lei n. 8.176/1991 (crime contra o patrimônio da União)*, que possui *pena mais grave (CP, art. 70: concurso formal)*, em *1/6 (um sexto)*, mínimo legal (CP, art. 70), totalizando *2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e 147 (cento e quarenta e sete) dias-multa*, sendo o *dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00)*.

Passo a apreciar o *regime inicial de cumprimento da pena* e a possibilidade de *substituição por restritivas de direito*.

As *circunstâncias judiciais (CP, art. 59)* permitem que, em relação ao réu *pessoa física ROBSON SANT'ANNA*, o *regime inicial de cumprimento da pena* seja o *aberto*, a teor do que diz o art. 33, §2º, alínea "c", do CP, tendo em vista que o montante resultante da soma das penas privativas de liberdade é igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

Na *aplicação da pena* observa-se estarem presentes os *requisitos* previstos nos *incisos I a III do art. 44 do CP*, tratando-se de *crime praticado sem violência ou grave ameaça, ré não reincidente em crime doloso e por entender ser suficiente à prevenção e repressão do crime praticado*, incidindo em razão a *pena aplicada de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e 147 (cento e quarenta e sete) dias-multa*, sendo o *dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00)*, o art. 44, § 2º (§ 2º Na condenação... a substituição pode ser feita por duas penas restritivas de direitos), bem como os termos da *Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais)*, art. 21, inciso I e III, *substituo a pena privativa de liberdade aplicada por:*

a) *MULTA*, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (*multa*), consistente no pagamento da importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para CADA UM dos réus *pessoa jurídica e pessoa física*, que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação para aquisição de equipamentos operacionais e tecnológicos em favor dos órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, *Polícia Ambiental, Polícia Federal, IBAMA e ICMBIO*, conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal, e

b) *PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE*, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (*inciso I*), obras de recuperação das áreas degradadas (*inciso II*) e manutenção de espaço público (*inciso III*), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias na área de praias situada à frente da localidade onde perpetrados os

crimes, na Praia da Enseada, Município de São Sebastião, incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado, e (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB.

Com efeito, o elevado valor da MULTA aplicada se justifica na medida em que observados os parâmetros legais do Código Penal (art. 45, § 3º: "montante do prejuízo causado" e art. 60: "Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu") e da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 6º, ("Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista... suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;... III - a situação econômica do infrator, no caso de multa."), considerada a condição econômica da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., que evidentemente alcança lucros expressivos em sua atividade de extração de saibro no Litoral Norte de SP.

Ademais, impõe-se que sejam levados em consideração, para o arbitramento do valor da multa que substitui a pena privativa de liberdade, a elevada reprovabilidade de a pessoa jurídica ter atuado em abuso da confiança lhe depositada, na medida em que passou à extração de saibro em área além da poligonal já autorizada pelo DNPM, sendo sobremaneira dificultosa a identificação da extração para além dos limites impostos, em área circunvizinha e de fácil escamoteamento nas atividades operacionais já autorizadas.

Conforme documento técnico acostado aos autos, infere-se que houve dimensionamento do material extraído ("Saibro" e "Argila"), inclusive com valoração aproximada do prejuízo em razão da lavra ilegal ("Valor Total: R\$ 388.987,20"), informações que devem ser também consideradas como parâmetros para aferição justa e razoável da multa ora aplicada:

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

perfis geológicos anexos no mesmo processo. Os volumes de saibro que foram extraídos sem autorização estão na tabela abaixo.

Substância	Argila/m³	*Densidade	Argila/t
Saibro	15.890 m³	1,5 t/m³	23.835 t

*Fonte: Densidade extraída do Anuário Mineral Brasileiro – AMB.

Substância	Volume/t	**Preço	Valor Total
Saibro	23.835 t	R\$ 16,32	R\$ 388.987,20

**Fonte: Preço declarado no Relatório Anual de Lavra RAL ano base 2014 da empresa Ideal Terraplanagem LTDA. (ver anexo).

(Fl. 34 do PDF).

Portanto, sobreditos critérios, em conjunto, justificam e sustentam o arbitramento da multa penal em valor compatível com os parâmetros previstos na legislação penal (Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais): "montante do prejuízo causado", "situação econômica do réu", "gravidade do fato", "consequências para a saúde pública e para o meio ambiente"), bem como com as peculiaridades do caso em concreto.

Prejudicada a suspensão condicional da pena e a deliberação acerca da prisão da ré pessoa jurídica, e mesmo da pessoa física.

Passo ao dispositivo.

III – DISPOSITIVO

Diante da fundamentação exposta:

I) JULGO IMPROCEDENTE o pedido para ABSOLVER a ré SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA, em razão da ausência da autoria para prática das condutas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, com fundamento no CPP, art. 386, inciso V ("não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal");

II) JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR o réu pessoa física ROBSON SANT'ANNA qualificado nos autos, pela prática das condutas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e 147 (centro e quarenta e sete) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00), sendo pessoa física inicialmente em regime aberto, em relação a qual, conforme art. 44, incisos I a III, e § 2º, do Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21, incisos I e III, aplico a substituição da pena privativa de liberdade por:

MULTA, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o réu pessoa física, que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação para aquisição de equipamentos operacionais e tecnológicos em favor dos órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, Polícia Ambiental, Polícia Federal, IBAMA e ICMBIO, conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal, e

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias na área de praias situada à frente da localidade onde perpetrados os crimes, na PRAIA DA ENSEADA, MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado, e (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB.

III) JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR o réu pessoa jurídica IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. qualificada nos autos, pela prática das condutas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos mine-

rais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e 147 (centro e quarenta e sete) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00), em relação a qual, conforme art. 44, incisos I a III, e § 2º, do Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21, incisos I (multa), aplico a substituição da pena privativa de liberdade por:

MULTA, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para a ré pessoa jurídica, que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação para aquisição de equipamentos operacionais e tecnológicos em favor dos órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, Polícia Ambiental, Polícia Federal, IBAMA e ICMBIO, conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal, e

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias na área de praias situada à frente da localidade onde perpetrados os crimes, na Praia da Enseada, Município de São Sebastião, incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado, e (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB.

Transitada em julgado, proceda-se em relação aos réus: (a) ao lançamento do nome no rol dos culpados; (b) às anotações junto ao Instituto Nacional de Identificação (INI), inclusive caso aplicáveis em relação à pessoa jurídica; (c) ao encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação; (e) à expedição de Guia de Execução de Pena; e (f) às demais diligências e comunicações necessárias.

Custas na forma da Lei.

Ciência ao Ministério Público Federal, à Delegacia de Polícia Federal, à CETESB, bem como aos Municípios de Caraguatatuba-SP e São Sebastião.

Ao SEDI para as anotações pertinentes.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, 13 de julho de 2022.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5000893-83.2021.4.03.6131

Autora: ELZA EDNA DE BRITO SERRANO
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DJEN 11/05/2022

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de conhecimento, de cunho condenatório, ajuizada sob procedimento comum, por meio da qual se pretende a obtenção de indenização por danos materiais e morais. Em suma, sustenta a inicial que no dia 22/05/2021 a requerente recebeu uma ligação em seu telefone fixo, atendida por sua filha. A pessoa do outro lado da linha se dizia representante da ré. Perguntou se estavam utilizando o cartão do Sr. Eduardo, ao que a filha da requerente falou que não estavam, então a suposta representante da ré relatou que ela deveria ligar no 0800 do cartão e pedir seu cancelamento, porque alguém estaria tentando utilizar o cartão. Que a filha da requerente seguiu as instruções da interlocutora, ligou no 0800, do cartão e falou com outro suposto representante da ré, havendo passado as informações solicitadas pela representante. Então que lhe foi dito que se dirigisse até a agência da Caixa mais próxima para terminar o atendimento no caixa eletrônico. A filha da autora foi, e sem saber, liberou acesso ao aplicativo da caixa aos golpistas. Exatos 15 minutos a polícia conseguiu bloquear o acesso dos criminosos, mas as transferências já haviam sido feitas, em razão do que foi extraído da conta da requerente a quantia de R\$ 68.155,99. Aduz que foram pagos dois boletos totalizando o valor de R\$ 8.169,99 e três PIX totalizando o valor de R\$ 59.986,00. Atribuindo responsabilidade civil objetiva à ré por má-prestação de serviços bancários, a requerente ajuíza a presente demanda postulando a condenação da requerente à indenização em danos materiais e morais. Junta documentos.

Citada, a ré contesta o pedido inicial, alegando que as transações realizadas a partir de dispositivo cadastrado para acesso ao *Internet Banking CAIXA (IBC)* e validado para realizar movimentações financeiras através da utilização de cartão e senha da titular em máquina ATM são consideradas válidas. Que cada computador/dispositivo cadastrado para acesso ao *Internet Banking CAIXA* possui uma identificação (ID), que é um código interno e único atribuído por meio do adicional de segurança instalado na máquina utilizada, não sendo possível o cadastramento de mesmo número para máquinas diferentes. Como se percebe, não houve invasão de conta, mas acesso com dispositivo previamente autorizado a efetivar transações via *Internet Banking*. Nega que haja responsabilidade de sua parte e contesta a ocorrência de danos morais. Pugna pela improcedência.

Réplica registrada sob o id n. 247403083.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar, sendo desnecessária a confecção de qualquer outra prova, os autos estão em termos para receber julgamento. Na forma do art. 355, I do CPC, passo ao conhecimento do mérito do pedido.

A ação é de enganada *improcedência*.

No caso em questão, não houve erro ou má prestação de serviços bancários a disparar o dever de indenizar que ora se atribui à ré.

É a própria petição inicial dessa demanda quem esclarece que, em última análise, a pessoa que disponibilizou dados bancários sigilosos das vítimas em favor de terceiros golpistas foi a filha dos mesmos, enganada pela narrativa que fazia parte do embuste engendrado pelos meliantes.

Vale dizer: os dados sigilosos que permitiam o acesso à movimentação bancária das vítimas foram informados aos estelionatários pelos próprios titulares das respectivas contas – ou pessoa a eles coligada – de modo que não é possível, nessa hipótese, sequer cogitar de qualquer responsabilidade da instituição requerida na sucessão de eventos que culminou com o prejuízo econômico dos requerentes. Sob nenhum pretexto ou circunstância, dados sigilosos relativos a informações bancárias de correntistas devem ser repassados a estranhos, por telefone, por mensagens eletrônicas, redes sociais e congêneres, salvo os aplicativos oficiais de movimentação financeira disponibilizados pela própria instituição depositária.

Essa informação, de sabença geral, e amplamente divulgada, não apenas pelas entidades governamentais, mas também pela polícia e pelas próprias instituições bancárias nacionais serve de fundamento à confiabilidade do sistema bancário que deve servir, com segurança, mas também com agilidade, às necessidades atuais de uma sociedade que realiza grande parte de suas operações financeiras em ambiente virtual. Nesse sentido, é de se anotar que, ainda que se trate, como no caso, de correntistas com idade avançada, a informação respeitante ao aplicativo vinculado à conta das vítimas foi veiculada pela filha dos mesmos, pessoa que – se se considera apta a gerenciar a vida bancária de seus pais, mais idosos – não pode, ao depois, se arvorar na contingência etária de seus pais como fundamento para responsabilização jurídica do sistema bancário oficial.

E ainda que não fosse assim, não há como negar que não existe sistema de segurança – *mesmo que idealmente perfeito* – que possa resistir à transgressão das suas regras de utilização pelo próprio beneficiário da proteção conferida. *Ou seja:* em casos tais como o ora vertente, não há como imputar à instituição ré qualquer falha, erro ou omissão na prestação dos serviços que oferece ao mercado de consumo, porque, em última análise, o sinistro decorreu de conduta da própria vítima, que, tivesse sido diferente, não resultaria no evento danoso reportado no âmbito da *actio*. É por tal razão que, em ações congêneres, a jurisprudência vem se inclinando no sentido de isentar de responsabilidade a instituição bancária, ainda que analisada a demanda sob o prisma protetivo instituído a partir da proteção das relações de consumo (Súmula n. 297 do C. STJ). Nesse sentido, cito o precedente na sequência:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GOLPE DO MOTOBOY. DADOS FORNECIDOS PELO TITULAR DA CONTA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

[RECURSO INOMINADO CÍVEL – SIGLA_CLASSE: RecInoCiv 0003559-27.2020.4.03.6310; TRF3 - 4ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo, DJEN DATA: 01/12/2021].

No voto-condutor do v. acórdão – que desvela caso muito assimilado ao presente – *Sua Excelência a Em. Juíza Federal Relatora* faz questão de remarcar a ausência de responsabilidade da instituição financeira:

“Com efeito, conforme narrado na inicial, a parte autora foi vítima de golpe, consistente em ligação telefônica, informando compras realizadas com seu cartão. A partir desse telefonema, procedeu conforme instruções recebidas pelo interlocutor, fornecendo seus dados bancários.

Transcrevo (ID 189410783):

“No dia 11/08/2020, no período da tarde, por volta das 15h30, a requerente recebeu uma ligação em seu telefone fixo, onde a interlocutora se identificou como Amanda Santos, atendente da central de atendimento do Banco Caixa Econômica Federal, setor de furto e roubo de cartões, a qual indagou sobre uma compra suspeita no valor de R\$ 1.800,00 efetuada com o seu cartão de crédito no Supermercado Extra da cidade de Jundiaí/SP. A requerente disse que não havia efetuado a referida compra, então, a atendente disse que o seu cartão teria sido clonado e iria bloqueá-lo, mas que tal bloqueio seria apenas temporário, e que ela deveria entrar em contato pelos telefones que constavam no verso do seu cartão para efetuar o cancelamento, 4004-9009 ou 08007260101, informando como protocolo de atendimento o nº 2080038040. Ato contínuo, a requerente ligou no 08007260101 tendo sido atendida por Luciana Alves, protocolo de atendimento nº 2020081014. A requerente informou para Luciana que havia recebido uma ligação da central de atendimento da Caixa Econômica Federal, onde a atendente Amanda informou que o seu cartão de crédito teria sido clonado e estava sendo utilizado por terceiros, tendo sido bloqueado temporariamente, e que teria que entrar em contato naquele telefone para solicitar o Então, a atendente Luciana confirmou todos os dados pessoais da requerente, nome completo, número do CPF, data de nascimento, endereço e telefone. Frisa-se que a própria atendente informou todos os dados pessoais, ou seja, em nenhum momento a requerente passou as informações, tendo apenas confirmado que os dados estavam corretos. Após, a atendente Luciana pediu para a requerente informar o protocolo da ligação anterior para verificação, em seguida, alegou ter constatado que a requerente possuía 3 cartões da Caixa Econômica Federal, sendo 1 cartão múltiplo com bandeira VISA crédito/débito da conta corrente, 1 cartão da conta poupança, e 1 cartão de crédito com bandeira ELO que sequer havia sido desbloqueado para uso. A atendente disse que nesses casos seria norma interna do banco o cancelamento de todos os cartões, solicitando que a requerente digitasse a senha. Naquele momento, a requerente informou que lembrava apenas a senha do cartão múltiplo crédito/débito bandeira VISA, então, a atendente Luciana disse que iria cancelar os outros cartões através do CPF, tendo a requerente digitado a senha para cancelar o cartão múltiplo. A atendente Luciana disse que o cancelamento de todos os cartões havia sido efetuado com sucesso. Em seguida, informou que a CEF possuía um convênio com a Polícia Civil para averiguação de golpes e que a requerente teria que ir até uma delegacia na cidade de Campinas para entre-

gar os cartões, bem como uma carta de contestação das transações de próprio punho, cujo teor foi soletrado pela atendente. A requerente informou que não tinha condições de ir até Campinas, então, a atendente disse que enviaria um motoboy funcionário da CEF até a sua casa para buscar os cartões, o qual se identificaria pelo nome e um código de segurança, orientando a requerente a colocá-los em um envelope lacrado com o código nº 2054. A atendente informou ainda que o nome do motoboy era Carlos Soares e que ele falaria o tal código de segurança, afirmando que ele não sabia do que se tratava, muito menos e o que continha no envelope. Minutos depois, o motoboy chegou e se identificou com o mesmo nome e código de segurança informado pela atendente, tendo a requerente entregado o envelope lacrado com os cartões e a contestação das transações manuscrita. Na sequência, recebeu nova ligação da atendente Luciana, ocasião em que foi orientada a fazer uma atualização no seu aplicativo para receber as transações bancárias por mensagens, alegando desatualização. A atendente pediu para desinstalar o aplicativo do aparelho celular e instalar novamente, mas a requerente disse que não o faria, então, a atendente solicitou que a requerente desligasse o seu aparelho para que a atualização fosse realizada através da central, solicitando que o religasse apenas após às 18h00, o que foi feito pela requerente. Ocorre que, ao ligar o seu aparelho, a requerente foi surpreendida com duas mensagens de SMS recebida às 18h55 informando duas compras efetuadas no débito em seu cartão múltiplo com bandeira VISA. Uma no valor de R\$ 3.499,99 realizada no dia 11/08/2020 às 16h38, e outra no mesmo dia, apenas um minuto depois, no valor de R\$ 3.499,88 às 16h39. Imediatamente a requerente ligou na central de atendimento 08007260101, mas em razão do horário, já não era mais possível o atendimento pessoal, sendo apenas atendimento automático”.

A situação retratada nos autos não é nova, não havendo como responsabilizar a CEF em razão de fatos estranhos à prestação do serviço, não havendo nexo de causalidade entre a conduta da CEF e o dano sofrido pela parte autora. Trago à colação:

"Não se desconhece que a autora foi vítima do "golpe do motoboy". Entretanto, não é possível dizer que CEF tenha facilitado a prática do crime, pois sequer a fraude não teve abordagem no interior da agência e nem mesmo os aparelhos para obtenção dos dados foram inseridos em caixas em autoatendimento. Toda a ação foi perpetrada por terceiros, fora do alcance da CEF e sem manipulação de sistemas eletrônicos desta, na medida em que o fraudador de fato usou o cartão e senha da vítima, pelo que não seria possível o rastreo de qualquer irregularidade. Ademais, o portador do cartão tem o dever de guarda e cuidado em relação a este, sendo de sua responsabilidade eventuais usos indevidos ocorridos em razão de furto ou estelionato por extravio não comunicado ao banco. Por fim, não há prova nos autos da demora do atendimento da instituição financeira quando comunicada da fraude, atentando-se ainda para o fato de existir outros canais de comunicação de furto e roubo" (RECURSO INOMINADO 0014971-79.2020.4.03.6301, 2ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO, Rel. JUIZ FEDERAL UILTON REINA CECATO, e-DJF3 Judicial DATA: 06/11/2020)" (g.n.).

Do ponto de vista técnico jurídico, a questão se resolve a partir da *interrupção do nexo de causa*: o evento lesivo de que se lastima a petição inicial foi ocasionado pela própria vítima, razão pela qual não há como imputar responsabilidade ao banco, na medida em que, de sua conduta, nada concorre que pudesse haver alterado o resultado.

É aquilo a que, em doutrina, vem se denominando de fortuito externo, assim definido por ALEXANDRE SADA MARTINS:

“Com esses elementos, foi possível concluir que a ocorrência do fortuito interno não rompe o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o inadimplemento. Logo, o fornecedor por este responde. Já o *fortuito externo* é *aquele estranho à organização da atividade da empresa, que ocorre fora do processo produtivo ou de fornecimento do serviço e que exclui o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o inadimplemento. Assim, o fortuito interno não exclui a responsabilidade do agente, mas o externo sim*” (g.n.).

[Monografia: “O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça em razão da alegação de caso fortuito pelo fornecedor”; Autor: Martins, Alexandre Sada; Orientador: Sobierajski, Hernani Luiz; Data: 2020].

Assim, embora o juízo muito lastime e até mesmo se solidarize com a difícil situação das vítimas aqui postulantes, vítimas que foram de um embuste covarde, o fato é que não há, na conduta da ré, qualquer ilícito que acione o dever de indenizar.

É improcedente, na íntegra, a pretensão indenizatória.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 487, I do CPC.

Sem condenação em custas, tendo em vista o benefício da Assistência Judiciária Gratuita. Arca a autora, vencida, com honorários de advogado que, com base no que prevê o art. 85, §§ 2º e 3º do CPC, arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito. *Execução na forma do art. 98, § 3º do CPC.*

P.I.



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, 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.

¹ N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio esgotamento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA Nº 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712. 41.2016. 4 .03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULA Nº 38

Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.

- *Vide* CCCiv nº 5011468-50.2020.4.03.0000, publicado na RTRF3R 147/99.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO²

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

² **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso uninominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região